

**Die Grenzen normativer Tatbestandsmerkmale
im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz**
" NULLUM CRIMEN SINE LEGE "

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei der Juristischen Fakultät der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Peter Wex

Referendar in Berlin

1970

1969



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**Die Grenzen normativer Tatbestandsmerkmale
im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz
" NULLUM CRIMEN SINE LEGE "**

**Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei der Juristischen Fakultät der
Freien Universität Berlin**

vorgelegt von

Peter Wex

Referendar in Berlin

Erstgutachter: Professor Dr. iur. Hermann Blei
Zweitgutachter: Professor Dr. iur. Ernst Heinitz

Tag der mündlichen Prüfung: 8. Mai 1970



LITERATURVERZEICHNIS

- Allfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts,
2. Aufl., 1934
- Arndt: Vollstreckbarkeit verfassungswidriger
(Steuer-) Gesetze? BB 1959, 533
- Arzt: Die Ansicht aller billig und gerecht Denken-
den, Diss. Tübingen 1962
- de Asua: Nullum crimen, nulla poena sine lege,
ZStW 63, 166
- Bachof: Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungs-
gerichts, JZ 1957, 334
- Bader: Korreferat auf dem 38. Deutschen Juristen-
tag 1950, Teil E S. 23
- Baumann: Grenzen der individualen Gerechtigkeit im
Strafrecht in summa ius summa iniuria, Ring-
vorlesung im Rahmen des Dies academicus,
Wintersemester 1962/63 in Tübingen 1963
- Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1968
- Beling: Die Lehre vom Verbrechen, 1906
- Methodik des Gesetzgebung, insbesondere der
Strafgesetzgebung - zugleich ein Beitrag zur
Würdigung des Strafgesetzbuchentwurfs von
1919, Archiv für Rechts- und Wirtschafts-
philosophie, Band 15, 15
- Berner: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18. Aufl.,
1898
- Bienenfeld: Die Haftungen ohne Verschulden, 1933
- Binding: Grundriß zur Vorlesung über Gemeines
Deutsches Strafrecht, 1. Band, 3. Aufl., 1884
- Die Normen und ihre Übertretung, Band 3,
Neudruck der Ausgabe 1918, 1965
- Bindokat: Zur Frage der Kuppelei bei Verlobten,
GA 1955, 167
- Blei: Der Strafrechtsschutz von Familienordnung
und Familienpflichten, FamRZ 1961, 137

- Bockelmann: Zur Strafbarkeit der Kuppelei, JR 1954, 361
- Bogs: Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, 1966
- Bohne: Die Magna Charta von 1215 und die strafrechtliche Analogieverfassung, Festschrift für H. Lehmann, 1937, S. 71
- Bonner Kommentar: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, 1967
- Bruns: Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, 1938
- Zur rechtsdogmatischen Problematik strafrichterlicher Auflagen, NJW 1959, 1393
- Die "Generalprävention" als Zweck und Zu-messungsgrund der Strafe? Festschrift für Hellmuth v. Weber, 1963, S. 75
- Burmeister: Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung, 1966
- Burrack: Wann sind Kunstwerke unzüchtige Schriften, Abbildungen oder Darstellungen im Sinne von § 184 StGB? Diss. Göttingen 1967
- Busch: Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum, Festschrift für Edmund Mezger, 1954, S. 165
- Über die vorsätzliche Tötung, Festschrift für Theodor Rittler, 1957, S. 287
- Zur gesetzlichen Begründung der Strafbarkeit unechten Unterlassens, Festschrift für Hellmuth v. Weber, 1963, S. 192
- Class: Grenzen des Tatbestandes, 1933
- Generalklauseln im Strafrecht, Festschrift für Eberhard Schmidt, 1961, S. 122
- Coenders: Zum neuen Strafgesetz, Festgabe der Juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts, 5. Band, 1929, S. 266
- Conen: Die vorsätzlichen Tötungsdelikte im Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962, Diss. Berlin 1964
- ✓ Copié Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art, 1967

- Dahm: Die Zunahme der Richtermacht im modernen Strafrecht, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 78, 1931
Deutsches Recht, 2. Aufl., 1963
- Graf zu Dohna: Recht und Irrtum, 1925
- Dreher: Das 3. Strafrechtsänderungsgesetz, JZ 1953, 421
- Drost: Das Ermessen des Strafrichters, 1930
Das Problem einer Individualisierung des Strafrechts, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 73, 1930
Diskussionsbeitrag auf dem 38. Deutschen Juristentag 1950, Teil E S. 58
- Eckardt: Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, Schriften zum öffentlichen Recht, Band 14, 1964
- Eichmann: Der Vorsatz bei normativen Tatbestandselementen, 1929
- Eisler: Philosophenlexikon, 1912
- Engisch: Der Begriff der Rechtslücke, Festschrift für Wilhelm Sauer, 1949, S. 85
Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 1953
Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, Festschrift für Edmund Mezger, 1954, S. 127
Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl., 1963
Einführung in das juristische Denken, 3. Aufl., 1964
Die Strafwürdigkeit der Unfruchtbarmachung mit Einwilligung, Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer, 1966, S. 399
- Esser: Realität und Ideologie der Rechtssicherheit in positiven Systemen, Festschrift für Theodor Rittler, 1957, S. 13
- Feuerbach: Lehrbuch des peinlichen Rechts, 9. Aufl., 1926

- Finger: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1. Band, 1904
Begriff der Gefahr und Gemeingefahr im Strafrecht, Festgabe für Reinhard Frank, Band I, 1930, S. 230
Strafrecht, 1932
- Foltin: Welchen Anforderungen müssen die Strafgesetze genügen, damit sie ihre garantierende Funktion sowohl der Gesamtheit als auch dem einzelnen gegenüber erfüllen? Gutachten zum 5. Deutschen Juristentag in der Tschechoslowakei, 1931, S. 47
- Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931
- v. Gierke: Recht und Sittlichkeit, Sonderausgabe MCMLXIII, erstmals erschienen in: Logos VI 1916/17, S. 211
- Grünhut: Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 41, 1926
Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, Festgabe für Reinhard Frank, Band I, 1930, S. 1
- Grünwald: Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte, ZStW 70, 412
Bedeutung und Begründung des Satzes "nulla poena sine lege", ZStW 76, 1
- Händel: Anmerkung zu BGH in NJW 1954, 119
- Hamann: Aussetzung der Vollziehung von Steuerbescheiden bei verfassungsrechtlich zweifelhaften Steuergesetzen, NJW 1959, 1465
Das Grundgesetz, 2. Aufl., 1961
Der "Staatsschutz" im Strafgesetzentwurf und das Grundgesetz, NJW 1962, 1845
Grundgesetz und Strafgesetzgebung, 1963
- Hanack: Die Sterilisation aus sozialer Indikation, JZ 1964, 393
Anmerkung zu BGH in JZ 1965, 221

- Hardwig: Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, ZStW 68, 14
- Heck: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, in: Studien und Texte zur Theorie und Methodologie, Band 2, 1968 (ursprünglich veröffentlicht in AcP 112, S. 1)
- Hedemann: Die Flucht in die Generalklauseln, 1933
- Hegler: Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, Festgabe für Reinhard Frank, Band I, 1930 S. 251
- Heinemann und Posser: Kritische Bemerkungen zum politischen Strafrecht in der Bundesrepublik, NJW 1959, 121
- Heinitz: Teilnahme und unterlassene Hilfeleistung beim Selbstmord, JR 1954, 403
Anmerkung zu BGH in JR 1962, 385
Zur Verfassungsmäßigkeit der Strafbestimmung gegen den groben Unfug, Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch, 1968, S. 47
- Hellmer: Kriminalpolitik und Sittenstrafrecht, dargestellt am Beispiel der Familiendelikte, ZStW 70, 360
- Henckel: Der Gefahrbegriff im Strafrecht, 1930
- Henkel: Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Festschrift für Edmund Mezger, 1954, S. 249
Recht und Individualität, 1958
Einführung in die Rechtsphilosophie, 1964
- v. Hippel: Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, in: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, III. Band, 1908, S. 373
Deutsches Strafrecht, 2. Band, 1930
Lehrbuch des Strafrechts, 1932
- Hirsch: Richterrecht und Gesetzesrecht, JR 1966, 334
Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74, 78

- VIII -

- Horstkotte: Die verwerfliche Gesinnung, ein Begriffsmerkmal des Mordes? Diss. Hamburg 1967
- Hübner-Martin: Schutzmittelverkauf aus Warenautomaten, FamRZ 1960, 335
- Isenbeck: Der "ähnliche" Eingriff nach § 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB, NJW 1969, 174
- Jäger: Strafgeseztgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, Beiträge zur Sexualforschung, 12. Heft, 1957
- Jagusch: Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone zur vorsätzlichen Tötung, SJZ 1949, Spalte 324
- Jescheck: Zur Frage der Kuppelei gegenüber Verlobten, MDR 1954, 645
- Kaufmann, Arthur: Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1950
- Kielwein: Grundgesetz und Strafrechtspflege, 1960
- Knies: Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, Münchener Universitätschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, Band 4, 1967
- Köhler: Der Bruch des Amtsgeheimnisses, GerS 108, 126
- Kohlhaas: Die rechtfertigende Einwilligung bei Körperverletzungstatbeständen, NJW 1963, 2348
- Kohlrausch: Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1903
Sterilisation und Strafrecht, ZStW 52, 383
- Kohlrausch-Lange: Strafgesetzbuch, 43. Aufl., 1961
- Kraus: Rechtsphilosophie und Jurisprudenz, ZStW 23, 763
- Krauth-Kurfess-Wulf: Zur Reform des Staatschutz-Strafrechts durch das Achte Strafrechtsänderungsgesetz, JZ 1968, 577, 609, 731
- Kreutzer: Zum Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, NJW 1955, 1307
- Krüger: Rechtsgedanke und Rechtstechnik im liberalen Strafrecht, I. Teil, ZStW 54, 591
II. Teil, ZStW 55, 77

- Kunert: Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände, 1958
- Lange, Richard: Der Rechtsstaat als Zentralbegriff der neuesten Strafrechtsentwicklung, Berliner Kundgebung des Deutschen Juristentages, 1952, S. 61
- Grundfragen der Bereinigung des Strafgesetzbuches unter Berücksichtigung der Strafzwecke, der Strafzumessungsnormen und der Tatbestandstechnik, Referat zum 39. Deutschen Juristentag 1952, Teil C. S. C3
- Zur Preisgabe von Staatsgeheimnissen, JZ 1965, 297
- Lange, Ulrich H.: Nochmals: Zu § 170 c StGB, FamRZ 1961, 161
- Lange-Fuchs: Der Verfassungsgrundsatz der gesetzlichen Tatbestandsbestimmtheit und die Unbestimmtheit des § 1 StVO, NJW 1967, 1843
- Lang-Hinrichsen: Tatbestandslehre und Verbotsirrtum, JR 1952, 302
- Larenz: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960
- Leipziger Kommentar: zum Strafgesetzbuch, 8. Aufl., herausgegeben von Jagusch und Mezger: Band I, 1957; Band II, 1958
- Lenckner: Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz "nullum crimen sine lege", JuS 1968, 249, 304
- Lerche: Übermaß und Verfassungsrecht, 1961
- Less: Vom Wesen und Wert des Richterrechts, 1954
- v. Liszt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14. Aufl., 1905
- v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl., 1927
- Lorenz: Der Maßstab des einsichtigen Menschen, 1967
- Luther: Zur Problematik des § 170 d StGB, NJW 1954, 493
- v. Mangoldt-Klein: Das Bonner Grundgesetz, Band I, 2. Aufl., 1957
- Mannheim: Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiell-rechtlicher Verstöße im Strafverfahren, 1925

- Maunz-Dürig: Grundgesetz, 1967
- Maurach: Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1965; Besonderer Teil, 4. Aufl., 1964
- Mayer, Hellmuth: Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände, in: Materialien zur Strafrechtsreform, 1. Band, (Gutachten der Strafrechtslehrer), 1954, S. 259
- Strafrechtsreform für heute und morgen, 1962
- Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1967
- Mayer, Max E.: Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903
- Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1923
- Merkel, Adolf und Liepmann: Die Lehre von Verbrechen und Strafe, 1912
- Merkel, Paul: Schuld, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, JW 1925, 893
- Mezger: Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, Festschrift für Ludwig Traeger, 1926, S. 187
- Anmerkung zu RG in JW 1927, 2006, Nr. 19
- Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3. Aufl. 1949; Studienbuch, 4. Aufl., 1952-1954
- Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre, NJW 1953, 2
- Mezger-Blei: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl., 1968; Besonderer Teil, 9. Aufl., 1966
- Michel: Die verfassungskonforme Auslegung, JuS 1961, 274
- Müller, Friedrich: Normstruktur und Normativität, 1966
- Naucke: Zur Lehre vom strafbaren Betrug, 1964
- Nipperdey-Wiese: Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: Bettermann-Nipperdey, Handbuch der Grundrechte, Band IV, 2, S. 741
- Noll: Zur Gesetzesteknik des Entwurfs eines Strafgesetzbuches, JZ 1963, 297

- Noll: Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts. Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer, 1966, S. 219
- Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW 77, 1
- Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Aufl., 1942, bearbeitet von Freiesleben, Hörchner, Kirchner und Niethammer
- Peters: In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln (Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bindung des Richters bei der Verhängung der Strafe und sonstiger Unrechtsfolgen)? Gutachten für den 41. Deutschen Juristentag 1955, Band I, 2, S. 1
- Strafprozeß, 2. Aufl., 1966
- Peters und Lang-Hinrichsen: Grundfragen der Strafrechtsreform, 1959
- Radbruch: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 105
- Die Erneuerung des Rechts, 1947
- Rechtsphilosophie, 6. Aufl., 1963 (fortgeführt von Erik Wolf)
- Reinhardt: Einige Bemerkungen zum Dohrn-Urteil, JR 1964, 368
- Reinicke, G. und D.: Die Auslegungsgrundsätze des Bundesgerichtshofes, NJW 1951, 681
- Ritter: Staatsverbrechen und Staatsverfassung, 1934
- Roth-Stielow: Die "guten Sitten" als aktuelles Auslegungsproblem, JR 1965, 210
- Roxin: Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 1959
- Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JuS 1964, 373
- Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, 377

- Rudolphi: Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966
- Sarstedt: In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln (Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bindung des Richters bei der Verhängung der Strafe und sonstiger Unrechtsfolgen)? Gutachten für den 41. Deutschen Juristentag 1955, Band II, S. D29
- Die Revision in Strafsachen, 4. Aufl., 1962
- Sauer: Grundlagen des Strafrechts, 1921
- Sax: Das strafrechtliche Analogieverbot, 1953
- Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Handbuch der Grundrechte, Band III, 2, S. 909
- Zur Frage der Kuppelei bei Geschlechtsverkehr unter Verlobten, JZ 1954, 474
- Seel: Unbestimmte und normative Tatbestandselemente im Strafrecht und der Grundsatz nullum crimen sine lege (Art. 103 II GG), Diss. München 1965
- Schack-Michel: Die verfassungskonforme Auslegung, JuS 1961, 269
- Schaffstein: Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, ZStW 72, 369
- Schafheutle: Das Strafrechtsänderungsgesetz, JZ 1951, 609
- Schmidhäuser: Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958
- Schmidt, Eberhard: Das Sterilisationsproblem nach dem in der Bundesrepublik geltenden Strafrecht, JZ 1951, 65
- Schlägermensuren und Strafrecht, JZ 1954, 369
- Die Sache der Justiz, 1961
- Schmidt, Richard: Die Stellung der Strafrechtsreform innerhalb der Gesamtentwicklung des modernen deutschen Rechts, GerS 96, 1
- Schönke-Schröder: Strafgesetzbuch, 14. Aufl., 1969

- Scholz: Die Rechtssicherheit, 1955
- Schröder: Gesetz und Richter im Strafrecht, 1953
- Die künftige Gestaltung der Tötungsdelikte,
in: Materialien zur Strafrechtsreform,
1. Band (Gutachten der Strafrechtslehrer),
1954, S. 383
- In welcher Weise empfiehlt es sich, die
Grenzen des strafrichterlichen Ermessens
in künftigen Strafgesetzbuch zu regeln
(Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bindung
des Richters bei der Verhängung der Strafe
und sonstiger Unrechtsfolgen)? Gutachten für
den 41. Deutschen Juristentag 1955, Band I,
2, S. 57
- Anmerkung zu OLG Celle in JR 1964, 392
- Anmerkung zu OLG Hamm in JZ 1966, 649
- Schultz: Blick in die Zeit, MDR 1965, 17
- Schumann: Probleme des Sittenstrafrechts,
NJW 1964, 1158
- Schuppenies: Die Revisibilität der normativen Tatbestands-
elemente, Diss. Würzburg 1934
- Schwalm: Zur Kasuistik der Mordmerkmale,
MDR 1958, 396
- Schwarz-Dreher: Strafgesetzbuch, 30. Aufl., 1968
- Schwarz-Kleinknecht: Strafprozeßordnung, 27. Aufl., 1967
- Schweikert: Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit
Beling, 1957
- Schwinge: Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht,
1930
- Grundlagen des Revisionsrechts, 1935
- Stöckel: Gesetzesumgehung und Umgehungssätze im
Strafrecht, 1966
- Stratenwerth: Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerk-
male, Festschrift für Hellmuth v. Weber,
1963, S. 171
- Stree: Deliktsfolgen und Grundgesetz, 1960
- Thierfelder: Normativ und Wert in der Strafrechtswissen-
schaft unserer Tage, 1934

- v. Weber: Das Notstandsproblem und seine Lösung in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925, 1925
Grundriß des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1948
Vom Subsumtionsirrtum, GA 1953, 161
- Wehli: Beiträge zur Analyse der Urteilsfindung, Festschrift für Wach, 1. Band, 1913, S. 405
- Welzel: Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935
Auf welche Bestandteile einer Strafvorschrift bezieht sich der Satz "nulla poena sine lege"? JZ 1952, 617
Anmerkung zu BGH in JZ 1953, 119
Zur Problematik der Unterlassungsdelikte, JZ 1958, 494
Das Deutsche Strafrecht, 10. Aufl., 1967
- Werner: Zum Verhältnis von gesetzlichen Generalklauseln und Richterrecht, 1966
- Westermann: Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, 1955
- Wieacker: Rechtsprechung und Sittengesetz, JZ 1961, 337
- Wintrich: Zur Problematik der Grundrechte, 1957
- Woesner: Generalklausel und Garantiefunktion der Strafgesetze, NJW 1963, 273
Strafrechtlicher und sittlicher Schuldvorwurf, NJW 1964, 1
Das Mosaikgeheimnis im strafrechtlichen Staatsschutz, NJW 1964, 1877
Das neue Staatsschutzstrafrecht, NJW 1968, 2129
- Wolf: Der Sachbegriff im Strafrecht, Festgabe der Juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts, 5. Band, 1929, S. 44
Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit, 1931

- Wolter: Normative Tatbestandsmerkmale, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, 21. Jahrg., 455
- Würtenberger: Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, 1957
- Vom Rechtsstaatsgedanken in der Lehre der strafrechtlichen Rechtswidrigkeit, Festschrift für Theodor Rittler, 1957, S. 125
- Zimmerl: Zur Lehre vom Tatbestand, 1928

Entwurf eines Strafgesetzbuchs mit Begründung, 1962

Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
EINLEITUNG	1
ERSTER ABSCHNITT	
DIE KLÄRUNG DES BEGRIFFS "NORMATIVES TATBESTANDSMERKMAL"	7
I. Die Herleitung und Entwicklung des Begriffs	7
A. Normativ im Sinne der Begründung der Rechtswidrigkeit (M.E. Mayer)	8
B. Normativ im Sinne einer ergänzenden Beurteilung und Verweisung auf Normenkreise (Mezger, Grünhut, Wolter)	10
C. Normativ im Sinne eines echten Werturteils (Bruns, Engisch)	16
II. Die Ablehnung der Unterscheidung normativ-deskriptiv	21
A. Wolf: Alle Tatbestandsmerkmale sind normative	21
B. Kunert: Alle Tatbestandsmerkmale sind deskriptiv	23
C. Vermittelnde Meinungen	25
III. Die dogmatische Klärung des Begriffspaares und seine Praktikabilität	27
A. Begriffskritik und Strukturunterschiede	27
1. Negative Begriffsgrenzen	27
2. Positive Begriffsfestlegung	31
B. Der Nutzen der Unterscheidung	39
1. Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale	40
2. Die Revisibilität normativer Tatbestandsmerkmale	43
3. Individualität und Normativität	47
IV. Differenzierungen innerhalb der normativen Tatbestandsmerkmale	48
A. Die Abgrenzung zu anderen Einteilungsbegriffen	48
1. Unbestimmte Begriffe	48
2. Ermessensbegriffe	49
3. Mehrdimensionale Begriffe	51
4. Komplexbegriffe	53

5. Generalklauseln	55
6. Offene Tatbestände	56
B. Bisherige Einteilungen innerhalb der normativen Tatbestandsmerkmale	57
C. Eigener Einteilungsversuch	60
1. Normenbestände	60
2. Normmaßstäbe	62

ZWEITER ABSCHNITT

DER BESTIMMTHEITSGRUNDSATZ "NULLUM CRIMEN SINE LEGE"	65
I. Die Bestimmbarkeit eines Tatbestandes durch Auslegung	66
A. Die Ansicht der Rechtsprechung	67
B. Die historische Auslegung (Naucke)	73
C. Die Berücksichtigung der Auslegungsergebnisse	75
II. Die Bestimmbarkeit eines Merkmals durch Feststellung des Begriffs als solchen	77
A. Die Ausfüllung durch Normmaßstäbe	79
B. Die Ausfüllung durch Fachgebiete	80
C. Die Ausfüllung durch den Bereich von Sitte und Anstand	81
1. Rechtsfindung durch Rechtsschöpfung	82
2. Rechtsergänzung durch Lückenergänzung	89
3. Gesetzliche Bindung und richterliches Ermessen	93
4. Die Feststellung des Wertbegriffs	102
a) Maßstäbe zur Werterkenntnis	102
b) Umfang und Reichweite des Wertes	107
III. Einschränkungen des Bestimmtheitsgrundsatzes	111
Die kritische Würdigung der von der Rechtsprechung entwickelten Vorbehalte gegenüber der Geltungskraft des Bestimmtheitsgrundsatzes	111
A. Der Vorrang der Strafwürdigkeit	112
B. Die Abhängigkeit der Bestimmtheit von der Schwere der Strafandrohung	117
C. Die Einschränkung der Tatbestandsgarantie in Grenzbereichen	119

D. Das Prinzip der Gewaltenteilung	121
E. Die Forderung nach offenkundigen und voraussehbaren Strafnormen	123
IV. Die kritische Würdigung der von der Literatur entwickelten Lösungen, den Bestimmtheitsgrundsatz zu konkretisieren	129
A. Die Feststellung der Wertverletzung (Sax)	129
B. Die Lehre vom allgemeinen Gemeinschaftsvorbehalt (Seel)	132
C. Die verfassungskonforme Auslegung	139

DRITTER ABSCHNITT

DIE GRENZEN DER BESTIMMBARKEIT BEI DEN EINZELNEN NORMATIVEN MERKMALEN	145
I. Die Grenzen bei den durch Normmaßstäbe auszufüllenden Merkmalen	145
A. Die Berücksichtigung des Erfahrungswissens	145
B. Die Beachtung durchschnittlicher Anforderungen	149
C. Die vergleichende Betrachtungsweise	151
II. Die Grenzen bei den durch Normenbestände auszufüllenden Merkmalen	154
A. Die Ausfüllung normativer Merkmale durch Fachgebiete	155
1. Normative Merkmale, die dem rechtlichen Bereich zuzuordnen sind	
2. Normative Merkmale, die dem politischen Bereich zuzuordnen sind	157
B. Die Ausfüllung normativer Merkmale durch den Bereich von Sitte und Anstand	162
1. Das Merkmal "in einer Sitte oder Anstand verletzenden Weise" in § 184 Abs. 1 Nr. 3 a	164
2. Das Merkmal der "unzüchtigen Handlung" in den §§ 174 ff.	173
3. Das Merkmal der Gefährdung des "sittlichen Wohls" eines Kindes in § 170 d	176

4. Das Merkmal "aus niedrigen Beweggründen" in § 211 Abs. 2	182
5. Das Merkmal "gegen die guten Sitten" in § 226 a	187
6. Das Merkmal "verwerflich" in § 240 Abs. 2	196
7. Das Merkmal des "groben Unfugs" in § 360 Nr. 11	199

VIERTER ABSCHNITT

ABSCHLIESSENDE WÜRDIGUNG

DIE AUSWIRKUNGEN DER VERFASSUNGSWIDRIGKEIT AUF DIE REGELUNGSMATERIE DER EINZELNEN TATBESTÄNDE	211
I. Die Auswirkungen auf § 184 Abs. 1 Nr. 3 a	212
II. Die Auswirkungen auf § 170 d	214
III. Die Auswirkungen auf § 211 Abs. 2	217
IV. Die Auswirkungen auf § 226 a	218
V. Die Auswirkungen auf § 360 Nr. 11	220

EINLEITUNG

Das Strafgesetzbuch von 1871 mit seinen zahlreichen Änderungen und Ergänzungen scheint auf überaus festem Grund gebaut: Kein Tatbestand wurde bisher von einem obersten Gericht - Reichsgericht, Bundesgerichtshof oder Bundesverfassungsgericht - für zu unbestimmt und damit unanwendbar gehalten. Jedes Tatbestandsmerkmal konnte von der Rechtsprechung ¹⁾ ausgelegt und hinreichend bestimmt werden.

Entgegen den Schwierigkeiten, anderen Rechtsstaatsprinzipien gerecht zu werden, fällt es dem Gesetzgeber offenbar leicht, den Bestimmtheitsgrundsatz zu befolgen.

Die nahezu selbstverständliche Einhaltung dieses Grundsatzes verliert jedoch an Gewicht und Überzeugungskraft, wenn im Einzelfall der Versuch unternommen wird zu ergründen, warum ein Straftatbestand die Grenzen einer Gesetzesverbindlichkeit nicht überschritten hat.

Abgesehen von allgemein und knapp gehaltenen Ausführungen haben weder die Rechtsprechung noch die Literatur bisher Kriterien aufgestellt für die Erfüllung der Tatbestandsgarantie. Angesichts dieses überraschend großen Neulands rechtfertigen sich Anliegen und Ziel dieser Arbeit, die Frage nach den gesetzgeberischen Grenzen bei der Bildung von strafrechtlichen Tatbeständen zu stellen und in Einzelfällen weitgefaßte Merkmale zu überprüfen.

Dabei eignen sich zur Untersuchung besonders diejenigen Merkmale, bei denen die Problematik der Bestimmbarkeit am augenfälligsten ist: die normativen Tatbestandsmerkmale. Merkmale wie "sittliches

1) Nur der BayVerfGH hat in zwei Fällen Tatbestände für verfassungswidrig (Art. 104 Bayer. Verfassung) erklärt, weil sie mit dem Grundsatz "nullum crimen sine lege" unvereinbar seien: "Wer gegen die öffentliche Ordnung verstößt ..." (BayVerfGE Bd. 4, 194 = BayGVBl 1952, S. 6) sowie "Wer gegen die Interessen der Alliierten Mitglieder handelt ..." (BayVerfGH in BayGVBl 1953, S. 75).

Wohl", "Unzucht", "niedrige Beweggründe", "gute Sitten", "verwerflich", "grober Unfug" u.a.m. bedürfen mühevoller Wertausfüllungen und ziehen entsprechende Zweifel nach sich. Die Subjektivität dieser Entscheidungen kann dabei zu vollkommen gegensätzlichen Feststellungen der oberen Gericht führen.

Während z.B. der Bundesgerichtshof für Strafsachen mehrfach die Ansicht vertreten hat, das Feilhalten von Gummischutzmitteln in Warenautomaten an öffentlichen Straßen oder Plätzen verletze schlechthin Sitte und Anstand im Sinne von § 184 Abs. 1 Nr. 3a StGB, gehören die Mitglieder des Bundesverwaltungsgerichts offenbar nicht zu jenen "verständigen, billig und gerecht denkenden Menschen", die darüber zu bestimmen haben, was Sitte und Anstand gebieten ¹⁾. Das Bundesverwaltungsgericht kommt seinerseits nämlich zu dem Ergebnis, nur beim Hinzutreten besonderer, anstößiger Umstände würden Sitte und Anstand verletzt, schlechthin sei dies beim Feilhalten von Präservativen in Außenautomaten nicht der Fall.

Die "richtige" Wertentscheidung wirft schwierige, erkenntnistheoretische Probleme auf. Gleichwohl hat sich der Richter dieser Aufgabe zu stellen, er kann nicht auf philosophische Gedankengänge verweisen. Die Teleologie des Strafgesetzes, die Ermittlung seines Sinnes und Umfangs bestimmt die Auslegung und die Entscheidung des Richters. Bei der Suche nach den Grenzen des strafrechtlichen Tatbestandes ist es daher unumgänglich, auf die Methoden richterlicher Rechtsfindung einzugehen.

Steht dem Gesetzesanwendenden ein Ermessen in irgendeiner Form zu, ist im Zweifel allein sein subjektives Urteil maßgebend, so sind die Anforderungen an eine strenge Formulierung des Tatbestandes sicherlich geringer als in dem Fall, daß das Gesetz nur eine Auslegung und Entscheidung zuläßt. Damit erweitert sich der Kreis der Erörterungen auf die Funktion des Tatbestandes und die Stellung des Richters im spezifischen Bereich des Strafrechts.

1) vgl. BGH NJW 1959, 1092; BGH NJW 1961, 838; BGH NJW 1962, 162 einerseits und BVerwG NJW 1960, 1407 andererseits.

Jedes Bemühen, von den verschiedensten Gesichtspunkten aus dem Art. 103 Abs. 2 GG Inhalt zu geben und seine Reichweite zu bestimmen, wird schließlich in der entscheidenden Frage münden, ob bei der Tatbestandsbildung in Zweifelsfällen der Rechtssicherheit Vorrang gebührt oder der Gerechtigkeit ¹⁾. Diese für das Strafrecht fundamentale Frage bedarf noch erheblicher, dogmatischer Klärung. Die Anregungen aus dem Staatsrecht sind gering ²⁾ oder sie berücksichtigen nicht in ausreichendem Maße die strafrechtlichen Eigenheiten.

Standen bisher bei der Anwendung des Satzes "nullum crimen sine lege" die Verbote der Rückwirkung, der Analogie und des Gewohnheitsrechts im Mittelpunkt, so findet allmählich das Gebot der Tatbestandsgarantie größere Beachtung ³⁾. Nach der amtlichen Begründung des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs von 1962 ist es sogar eines der Hauptanliegen des Entwurfs, "... einen sinnvollen Ausgleich zwischen dem Streben nach Gerechtigkeit und dem Erfordernis der Rechtssicherheit zu finden ..." ⁴⁾.

Bei dieser Suche nach rechtssichernden Garantien und deren Voraussetzungen verengte sich jedoch allzuoft der Gesichtswinkel. Entweder wurde nahezu mit Ausschließlichkeit der Grundsatz "nullum

-
- 1) z.T. wird die Fragestellung auf den Ausgangspunkt einer letztlich politischen Entscheidung zurückgeführt, vgl. Maurach, AT S. 88; Schröder, Gutachten für den 41. Juristentag, Bd. I S. 64 hebt zusätzlich den kriminalpolitischen Faktor hervor.
 - 2) Die vereinzelt gebliebenen Versuche, den Bestimmtheitsgrundsatz im grundgesetzlichen Gesamtgefüge einzuordnen, zeitigen jeweils verschiedene Ergebnisse: vgl. einerseits Sax bei Bettermann-Nipperdey-Scheuner Bd. III 2 S. 1008, andererseits Seel, Unbestimmte und normative Tatbestandsmerkmale, S. 121. Beide Autoren berufen sich auf einererforderliche, moderne Interpretation des Grundsatzes der Gesetzesbestimmtheit (Sax, S. 1008; Seel, S. 121, 123).
 - 3) Siehe u.a. den Vorlagebeschluß des AG Bremerhaven vom 27.7. 1966. Das Gericht hält die Strafandrohung des "groben Unfugs" für grundgesetzwidrig, da die Vorschrift eine unzulässige Generalklausel enthalte (NJW 1966, 1680).
 - 4) Amtliche Begründung, S. 101.

crimen sine lege" abstrakt untersucht, wobei die geschichtlichen Erörterungen großen Raum einnahmen ¹⁾, oder die Darstellung der diesen Grundsatz betreffenden normativen Tatbestandsmerkmale erschöpfte sich in deren feinen Differenzierungen ²⁾.

In dieser Arbeit soll besonderes Gewicht auf die Klärung des Zusammenhanges und des Verhältnisses zwischen dem Rechtssicherheitsprinzip und den normativen Tatbestandsmerkmalen gelegt werden, ein Unternehmen, um das es nach Mezger bei der Verwendung der normativen Merkmale, vom Standpunkt des Gesetzgebers aus gesehen, allein geht ³⁾. Dabei wird der Nachweis zu führen sein, daß in der zu Beginn der Arbeit aufgezeigten Struktur der normativen Merkmale der entscheidende Ansatzpunkt zu ihrer Festlegung und Bestimmbarkeit liegt.

Die Erkenntnis, daß sich zwar Grundsätze über die Bestimmbarkeit eines Tatbestandes aufstellen lassen, es aber keine allgemeine Richtschnur für die Bestimmtheit eines Tatbestandsmerkmals in concreto gibt, führt zum Schluß der Arbeit zu der Untersuchung, die Grenzen bei den einzelnen Merkmalen zu finden.

Es sollen dabei nur umstrittene normative Tatbestandsmerkmale des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches geprüft werden. Eine

-
- 1) vgl. u.a. de Asua, ZStW Bd. 63, 166; Grünwald ZStW Bd. 76, 1.
 - 2) Die bisher ausführlichsten Darstellungen über die normativen Merkmale gehen nicht einmal auf das Verhältnis zu Art. 103 Abs. 2 GG ein: Kunert, Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände; Engisch, Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht; Mezger-Festschrift, S. 156 gibt den Rat, man müsse bei den subjektiv-normativen Tatbestandsmerkmalen "in der Tat auf der Hut sein". Mezger, Traeger-Festschrift, dem die wichtigsten Fortschritte in der Lehre von den Tatbestandsmerkmalen zu verdanken sind, behandelt das Verhältnis auf knappstem Raum, S. 229.
 - 3) Mezger, Traeger-Festschrift, S. 229.

Ausdehnung des Themenkreises auf den Allgemeinen Teil würde den Umfang der Arbeit sprengen. Es sei hierbei nur an die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte ¹⁾ im Verhältnis zur Berechenbarkeitsfunktion des Tatbestandes erinnert, an die Ausfüllung des Fahrlässigkeitsbegriffes ²⁾, an die Geltung für die Straffolgen ³⁾ sowie den Einfluß des Bestimmtheitsgrundsatzes auf die Strafzumessungsgründe und die Maßregeln der Sicherung und Besserung ⁴⁾.

Ausgespart wurde insbesondere die Frage, in welchem Verhältnis die Garantiefunktion des Tatbestandes zu dem Erfordernis der Strafwürdigkeit steht. Ein Gesetz kann Unsinniges und Unrecht gebieten, es entbehrt damit gleichwohl nicht der Bestimmtheit im Sinne von Art. 103 Abs. 2 GG, wenn dieser Unsinn und dieses Unrecht klar und eindeutig artikuliert worden sind. Allerdings wird im Laufe der Untersuchung ein nicht zu leugnender Zusammenhang zwischen diesen Prinzipien sichtbar: Gerade dort ist die Unsicherheit des Gesetzgebers am größten, wo er auf ein zweifelhaftes Strafbedürfnis baut.

Es läßt sich an dieser Stelle bereits vorwegnehmen, daß der überwiegende Teil der Strafgesetze eine feste und zuverlässige Grundlage für die Rechtsanwendung darstellt. Dies erklärt die Beschränkung der Untersuchung auf die umstrittenen normativen Tatbestandsmerkmale in ihren Grenzbereichen. Allein die ausschnittsweise

-
- 1) vgl. z.B. H. Mayer, Materialien, Bd. I S. 277 und zuletzt im AT S. 80, der sämtliche Delikte, begangen durch Unterlassung, für verfassungswidrig hält; ebenso Kraus, ZStW 23, 763 (790); Welzel, S. 22, will bei unechten Unterlassungsdelikten den Bestimmtheitsgrundsatz einschränken; vgl. auch Rudolphi, Gleichstellungsproblematik; Busch, Weber-Festschrift, S. 195.
 - 2) Welzel, S. 22, meint, der Bestimmtheitsgrundsatz erleide bei fahrlässigen Delikten eine Einschränkung.
 - 3) Der Geltungsbereich des Satzes "nulla poena sine lege" wurde insbesondere untersucht von Stree, Deliktsfolgen und Grundgesetz; Hamann, Grundgesetz und Strafgesetzgebung; Peters, Schröder und Sarstedt, Gutachten für den 41. Juristentag.
 - 4) vgl. hierzu Bruns, NJW 1959, 1392.

Betrachtung rechtfertigt das fortgesetzte Drohen mit dem Damoklesschwert der Verfassungswidrigkeit.

In diesem Sinn eröffnet sich ein doppelter Nutzen aus dem Themenkreis: Eine Bestätigung des geltenden Rechts und eine kritische Überprüfung für die Zukunft.

ERSTER ABSCHNITT

DIE KLÄRUNG DES BEGRIFFS "NORMATIVES TATBESTANDSMERKMAL"

I. Die Herleitung und Entwicklung des Begriffs

Die Unterscheidung von Tatbestandsmerkmalen in normative und deskriptive wirft erkenntnistheoretische Probleme auf, die ohne Durchleutung des Tatbestandsbegriffs, seiner Aufgabe und Funktion, nicht zu lösen sind.

Die Strafrechtswissenschaft ¹⁾ hatte den Begriff des Tatbestandes funktional dahin verengt, er sei wertfrei, mithin auch seine einzelnen Bestandteile. Die normativen Tatbestandsmerkmale mußten daher erst einmal durch M.E. Mayer (1915) "entdeckt" werden.

Mit ihrer wachsenden Anerkennung ging eine steigende Verwirrung einher. Den normativen Merkmalen wurde die Eigenart zugesprochen, die Rechtswidrigkeit zu begründen und dem Richter ein Tatbestands-
ermessen einzuräumen. Man sah sie als gesetzgeberisches Mittel an, dem Einzelfall gerecht zu werden, und schließlich sollte die anders-
artige Behandlung von Irrtums- und Revisionsfragen auf den intuitiven Wertungsakt zur Erfassung der normativen Merkmale hinweisen. Ein vorläufiger Höhepunkt in dieser Entwicklung war mit dem Urteil erreicht, alle Tatbestandsmerkmale seien normativ ²⁾. Damit verschob sich das Differenzierungsproblem jedoch nur in eine höhere, ausschließliche Ebene, zumal das Pendel zur entgegengesetzten Seite ausschlug. Mit der Feststellung des deskriptiven Wesens aller Tatbestandsmerkmale ³⁾ war die Berechtigung der normativen Merkmale wieder in Frage gestellt.

1) so vor allem Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 771 ff.
Auf seine späteren Abweichungen ist hier nicht einzugehen, vgl. dazu: Die Lehre vom Tatbestand, 1930.

2) Wolf, RG-Festgabe V, S. 56.

3) Kunert, Normative Merkmale, S. 86.

Sowohl der Begriff der "Norm" als auch der des "Wertens" sind überaus schillernd. Zum Teil beruhen die unterschiedlichen Meinungen nur auf diesen Mehrdeutigkeiten. Ein sachlicher Fortschritt läßt sich erst dann erzielen, wenn sorgfältig unterschieden wird zwischen dem normativen Sinn eines Tatbestandsmerkmals, seiner begrifflichen Struktur und den darauf beruhenden Folgerungen ¹⁾.

Dabei soll in groben Umrissen zunächst dargestellt werden, in welchem Sinn der Begriff "normativ" von denjenigen aufgefaßt wird, die sich für eine Trennung der Merkmale einsetzen. Erst nach einer kritischen Gegenüberstellung der die Trennung ablehnenden Meinungen kann entschieden werden, ob die normativen Tatbestandselemente ein berechtigtes Eigenleben führen. Die Bedeutung dieser theoretischen Klärung soll sich schließlich an den praktischen Folgen zeigen.

A. Normativ im Sinne der Begründung der Rechtswidrigkeit (M.E. Mayer)

Im wesentlichen lassen sich drei verschiedene Bedeutungen des Wortes "normativ" herausstellen. Den ursprünglichen Sinn, den M.E. Mayer ihnen zumaß, haben die normativen Merkmale fast gänzlich verloren. M.E. Mayer, dem unbestritten das Verdienst zukommt, die normativen Tatbestandselemente entdeckt zu haben ²⁾, sah in ihnen "unechte" Tatbestandselemente". Ihre Eigentümlichkeit liege darin, die Rechtswidrigkeit nicht anzuzeigen, sondern sie zu begründen, nicht ratio cognoscendi, sondern ratio essendi zu haben. Ihrer Natur nach seien sie echte Elemente der Rechtswidrigkeit ³⁾. Aus der Sicht des noch von Beling so charakterisierten "wertfreien" Tatbestandes bezeichnete er die normativen Tatbestandselemente als "Fremdkörper".

Die wichtigsten Beispiele sind nach M.E. Mayer die "Fremdheit" einer Sache (§§ 242, 303 StGB) und die "Unwahrheit" einer Tatsache (§§ 131,

1) Diese Trennung läßt sich verständlicherweise nicht durchführen, wenn der Strukturunterschied bereits die Folgerung enthält. So etwa bei der Annahme, normative Tatbestandsmerkmale seien echte Rechtswidrigkeitsmomente (M.E. Mayer, Graf zu Dohna).

2) M.E. Mayer, AT S. 182.

3) M.E. Mayer, AT S. 184.

138, 153, 164, 187, 263 StGB u.a.), weniger wichtige die "Unbescholtenheit" eines Mädchens (§ 182 StGB), die "Mißhandlung" (§ 253 StGB) und die "Gefährlichkeit" (z.B. in § 330 StGB) ¹⁾.

Die Frage der Erkennbarkeit normativer Merkmale grenzt er in negativer Hinsicht ab. Als "Bestandteile eines tatbestandsmäßigen Erfolges, die lediglich wertbestimmende Bedeutung haben", ²⁾ entzogen sich die normativen Merkmale der sinnlichen Wahrnehmung. Es mache geradezu ihre wertbestimmende Bedeutung aus, daß sie sich nicht in der Außenwelt, sondern in der Rechtswelt verwirklichten.

Die den normativen Merkmalen zugeschriebene Eigenschaft, die Rechtswidrigkeit zu begründen, stieß nur vereinzelt auf Widerhall ³⁾. Class ⁴⁾ folgte M.E. Mayer in der Annahme, die normativen Elemente konstituierten das Unrecht unmittelbar, in dieser eigentümlichen Wirkung erschöpfe sich ihre Wirkung.

Noch ausschließlicher vertrat Graf zu Dohna ⁵⁾ die Ansicht, den normativen Merkmalen komme heuristischer Wert erst dann zu, wenn sie in keinem Sinn zum Tatbestand, sondern allein zur Widerrechtlichkeit gehörten.

In neuerer Zeit hat nur Arthur Kaufmann den Gedanken der Unrechtstypisierung aufgegriffen und sogar noch fortgeführt ⁶⁾. Nach ihm

1) M.E. Mayer, AT S. 182.

2) M.E. Mayer, AT S. 183.

3) Hiervon zu trennen sind die Auffassungen derjenigen Autoren, die bereits im Tatbestand typisiertes Unrecht sehen, weil hierbei der gesamte Tatbestand betrachtet wird, nicht einzelne Ausschnitte. Die Frage des generellen Verhältnisses von Tatbestand und Rechtswidrigkeit verdient Beachtung bei der späteren Untersuchung über den Nutzen der Unterscheidung im Zusammenhang mit der Unrechtskenntnis.

4) Class, Grenzen des Tatbestandes, S. 105.

5) Graf zu Dohna, Recht und Irrtum, S. 31.

6) Einen ungewöhnlichen Zusammenhang zwischen den normativen Tatbestandselementen und der Rechtswidrigkeit stellt außerdem noch Lang-Hinrichsen auf, JR 1952, 302 (303), indem er die erforderliche "Einzelwertung" bei den normativen Merkmalen mit der "Gesamtbewertung" der Tat identifiziert.

begründen die normativen Merkmale als echte Tatbestandsmerkmale den Unrechtcharakter des Deliktstatbestandes. Seiner Meinung, "Die normativen Tatbestandselemente sind also diejenigen, in denen die Bedeutung der Tat als einer Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsgutes erkenntlich wird" ¹⁾, läßt sich jedoch nicht zweifelnsfrei entnehmen, ob bereits den einzelnen Merkmalen die genannte Erkenntnisfunktion zukommt oder erst deren Gesamtheit. Die dann folgende Unterscheidung zwischen deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmalen, die dem Gegensatz von Handlungs- und Schutzobjekt entsprechen soll, wird durch die Anführung eines Beispiels noch zweifelhafter: Mord sei Tötung eines "Menschen", dieses normative Merkmal ²⁾ drücke offensichtlich nicht das Handlungs-, sondern das Schutzobjekt aus.

Die Entwicklung der normativen Bedeutung im Sinne der Rechtswidrigkeitsbegründung ist damit bereits aufgezeigt.

B. Normativ im Sinne einer ergänzenden Beurteilung und Verweisung auf Normenkreise (Mezger, Grünhut, Wolter)

Der von M.E. Mayer entwickelte Gedanke, Tatbestandsmerkmale in wertbezogene und wertfreie zu unterscheiden, fand weitaus mehr Anklang als seine Lehre von der Begründung der Rechtswidrigkeit durch normative Merkmale. Von diesem Ansatzpunkt aus entwickelte sich die Trennung der deskriptiven von den normativen Merkmalen.

Maßgeblichen Anteil an der Klärung des Begriffspaars trugen Mezger und Grünhut, indem sie die erkenntnistheoretische Fragestellung in den Problemkreis einbezogen.

1) Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 169.

2) Die Qualifizierung "Mensch" als normatives Merkmal muß hier überraschen, da Kaufmann auf S. 167 zu der Feststellung kommt, das Merkmal Mensch besitze im wesentlichen nur einen rein tatsächlichen Inhalt. Die Unterscheidung in deskriptive und normative Merkmale sei daher nicht undurchführbar.

In den Untersuchungen Mezgers ¹⁾ erhellt der Begriff des Normativen durch die Gegenüberstellung von Tatsachen und Werturteil. Das Ergebnis eines Tatsachenurteils vollziehe sich durch die Erkenntnis eines gegebenen Objekts ²⁾. Diese kognitiven Elemente würden vom Standpunkt des Gesetzgebers "deskriptive Tatbestandselemente" genannt ³⁾. Sie ~~beträfen~~ die Feststellung eines äußeren, sinnlich wahrnehmbaren, objektiven Sachverhalts ⁴⁾. Der Problematik der Erkenntnis von Tatsachen als Kriterium für die deskriptiven Merkmale war sich Mezger durchaus bewußt ⁵⁾. Sie läßt sich nur allzu deutlich an seiner eigenen Einteilung ablesen: Ordnete Mezger die Delikte mit kognitiver Beurteilung (als Beispiele werden die Wahrheits- und Erfahrungsdelikte genannt) ursprünglich den deskriptiven Elementen zu ⁶⁾, nahmen sie in seinem Studienbuch bereits eine Mittelstellung ein ⁷⁾ und wurden dann endgültig den normativen Elementen zugerechnet ⁸⁾.

Mezger stellt den deskriptiven Merkmalen jene gegenüber, die ein ergänzendes, richterliches Urteil erfordern ⁹⁾. Die Bewertung eines gegebenen Objekts mit dem Ergebnis eines Werturteils oder einer Normierung erhält bei ihm den Sinn "normativ" ¹⁰⁾. Je nach dem Normenkreis, auf den das Strafgesetz verweise, seien hierbei verschiedene Gruppen von Tatbestandselementen aufzustellen ¹¹⁾.

1) Mezger wandte sich frühzeitig gegen M.E. Mayers Lehre von der Begründung der Rechtswidrigkeit durch normative Merkmale, Traeger-Festschrift, S. 6 ff.

2) Mezger, Traeger-Festschrift, S. 216.

3) Mezger, a.a.O. S. 217.

4) Mezger, a.a.O. S. 218.

5) Mezger, a.a.O. S. 224.

6) Mezger, a.a.O. S. 218.

7) Mezger, Lehrbuch, 3. Auflage, S. 191.

8) Mezger, Studienbuch, ab 4. Auflage, S. 85.

9) Mezger, Traeger-Festschrift, S. 225.

10) Mezger, a.a.O. S. 216.

11) Mezger, a.a.O. S. 225.

In einer späteren Untersuchung bemüht sich Mezger, den "grundlegenden Unterschied zwischen den ontologischen (seinsmäßigen) und normativen (sollensmäßigen) Bestandteilen der strafrechtlichen Begriffe" ¹⁾ zur Kennzeichnung des Begriffspaars nutzbar zu machen. Nur die ontologischen Bestandteile bildeten den Gegenstand der Erkenntnis und der deskriptiven Beschreibung. Die normativen Bestandteile dagegen enthielten den Akt der Bewertung selbst. "Gegenstand" und "Akt" seien nicht dasselbe.

Die beiden wesentlichen Strukturunterschiede waren mit den Untersuchungen Mezgers freigelegt: Die Trennung der normativen Merkmale von den deskriptiven wurzelt einmal in dem Unterschied von Seins- und Wertbegriffen, zum anderen in dem Gegensatz der sie feststellenden Methode des Erkennens und Bewertens.

Die Gefahr, daß der Begriff des Wertens in einem anderen Sinn verstanden werden konnte ²⁾, sah Mezger voraus. Er wies darauf hin, daß die Erkenntnis eines deskriptiven Merkmals ein philosophisches Problem darstelle, weil es einen Gegenstand ohne kategoriale Formung, ohne Wertung nicht gebe ³⁾. Diese allgemeine Bedeutung der jedem Merkmal unterliegenden Wertung erfüllt jedoch nicht den Sinn des Normativen, wie ihn Mezger verstand, sondern erst die "weitere Wertung" ⁴⁾, das "ergänzende Urteil des Richters" ⁵⁾.

Die Rechtsprechung hat diesen Inhalt der normativen Merkmale aufgegriffen, ihn bisher aber nur für die Frage des Vorsatzes im Rahmen des § 59 StGB und der damit verbundenen Irrtumsfragen nutzbar gemacht. Sie verweist dabei auf Mezgers Lehre von der Parallelwertung in der Laiensphäre und erklärt einerseits die Merkmale "zuständige

1) Mezger, NJW 1953, 2 (3).

2) vgl. Wolf, RG-Festgabe V, S. 56, der diesen Wertungsakt zum Mittelpunkt seines Urteils heranzieht, alle Tatbestandselemente seinen normativ.

3) Mezger, Traeger-Festschrift, S. 224.

4) Mezger, a.a.O., S. 217.

5) Mezger, a.a.O., S. 225.

Behörde" (§ 156 StGB) ¹⁾ und "Geschäfte eines Kreditinstituts" ²⁾ als Merkmale wertender ("normativer") Art. Andererseits wird das Merkmal "pflichtwidrig" in § 356 Abs. 1 StGB nicht als normatives Merkmal bezeichnet ³⁾, da es nur auf die Vorschriften des Ständerechts verweise. Diese Entscheidung steht im Widerspruch zu der Begriffsumschreibung, die der Bundesgerichtshof zuvor wählte. Denn wenn rechtliche Merkmale als normativ bezeichnet werden, weil der Richter rechtlich werte ⁴⁾, dann ist diese Folgerung auch beim Merkmal "pflichtwidrig" zu ziehen ⁵⁾.

Kurz vor Mezger hatte Grünhut ⁶⁾ die Eigenart der normativen Tatbestandsmerkmale aus der Sicht des Gesetzesanwendenden beleuchtet. Während im Regelfall der Richter nur unter den abstrakten Tatbestand zu subsumieren habe, gebe es doch Grenzfälle, in denen das Gesetz neben den faktischen Begriffen normative Tatbestandsmerkmale verwende. Dies sei der Augenblick, in dem der Richter nicht mehr mit einer bloßen Tatsachenfeststellung auskomme, sondern hier werde ihm die Aufgabe gestellt, ein selbständiges Werturteil zu fällen ⁷⁾. Diese unterschiedliche psychologische Wirkung auf den Richter rechtfertige trotz aller Strukturverschlingungen die Anerkennung logischer Strukturunterschiede und damit die Trennung von faktischen und normativen Begriffen ⁸⁾.

Auch Grünhut war bemüht, den Begriff des Wertens nicht allzu eng verstanden zu wissen. Die Anwendung der normativen Merkmale sei keineswegs gleichzusetzen mit dem subjektiven Ermessen des Richters, denn es gebe auch normative Merkmale rechtlicher Art ⁹⁾.

1) BGHSt 3, 248 (254).

2) BGHSt 4, 347 (352).

3) BGHSt 5, 284 (287).

4) BGHSt 3, 248 (254).

5) ebenso Busch, Mezger-Festschrift, S. 172.

6) Grünhut, Begriffsbildung, 1926, S. 5 ff.

7) Grünhut, Begriffsbildung, S. 5.

8) Grünhut, a.a.O., S. 20.

9) Grünhut, Frank-Festgabe I, S. 22.

Unter Berufung auf Lasks Rechtsphilosophie weist Grünhut auf die von seinen Gegnern mißachtete Abhängigkeit des Stoffes von der Methode hin ¹⁾. Bei gebührender Beachtung dieses Gesichtspunktes wäre das Dickicht normativer Sinndeutungen bei weitem nicht so wild gewuchert.

Für den zukünftigen Sinn des Normativen war die Konkretisierung der Begriffe "Norm" und "Wertung" bedeutsam. Mit der Einteilung normativer Merkmale in bestimmte und unbestimmte, mit der Herausstellung von echten und unechten Werturteilen je nach den in Bezug genommenen Wertbereichen wurde Mezgers Lehre fortgeführt. Die Aufmerksamkeit richtete sich auf neue Methoden der Rechtsfindung, vor allem im Hinblick auf eine Ermessenstätigkeit des Richters ²⁾.

In verdienstvoller Weise konkretisierte Wolter ³⁾ den Normbegriff, indem er den Sinn jener Tatbestandsmerkmale ausschließlich auf ihre Bedeutung innerhalb der Normenwelt reduzierte. Dieses Gebiet bestehe aus Bereichen ohne Wertmoment und aus wertbezogenen. Im ersten Fall füllten sogenannte theoretische Normen den Begriff aus, wie etwa bei den Merkmalen "fremd", "Beamter", "Ehe", "Urkunde" ⁴⁾, im zweiten Fall sogenannte axiologische Normen, die die normalen Wertbezogenheiten bildeten ⁵⁾. Durch diese Zusammenfassung hat sich Wolter in dem unaufhörlichen Streit um die Zuordnung der Rechtsbegriffe zu den normativen Elementen im positiven Sinn entschieden.

Hegler, Foltin, Henkel, Schweikert und H. Mayer gelangen ebenfalls zu dem Ergebnis, der Begriff des Normativen dürfe nicht von dem Grad der Unbestimmtheit abhängen, der den einzelnen Tatbestandselementen anhafte. Werturteile im Sinne normativer Prägung könnten

1) Grünhut a.a.O., S. 23.

2) dazu hauptsächlich Drost, Das Ermessen des Strafrichters, insbes. S. 13 ff.; Warda, Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht; neuerdings will Seel, Unbestimmte Tatbestandselemente, S. 72 "richterliche Rechtsschöpfung praeter legem" anerkennen.

3) Wolter, MonSchrKrPsychol. XXI (1930), 455 (467).

4) Wolter, a.a.O., S. 463.

5) Wolter, a.a.O., S. 457.

auf einem "echten" Werturteil beruhen oder auf einem "unechten" ¹⁾. Bei normativen Elementen verweise der Gesetzgeber den Richter sowohl auf präzise, objektiv feststehende Normen als auch auf Wertbegriffe, die einen gefährlichen Subjektivismus zu Tage förderten ²⁾. Die Anerkennung eines normativen Begriffs im weiteren Sinn sei schon deswegen erforderlich, weil die normhaltigen Begriffe rechtlicher Art auf keinen Fall zu den gegensätzlichen, deskriptiven zu rechnen seien ³⁾.

Zu den Vertretern dieser normativen Deutung ist auch Welzel zu zählen. Auf die gleiche Weise, wie der Bedeutungsinhalt eines Tatbestandselementes erschlossen wird, nimmt er auch die Trennung vor: Merkmale wie "Mensch", "Sache" und "töten" würden mit den Sinnesorganen wahrgenommen, sie seien deskriptive Merkmale. Dagegen könnten Begriffe wie "fremd" und "Urkunde" in ihrem bedeutendsten Teil nur geistig verstanden werden, sie würden normative Tatbestände genannt ⁴⁾.

Ob dieser ursprünglich von Mezger entwickelte, von Wolter und Welzel konkretisierte Sinn des Normativen noch als herrschend und vorzugswürdig bezeichnet werden kann, soll entschieden werden, nachdem die dritte Sinngebung des Begriffs freigelegt worden ist.

1) Hegler, Frank-Festgabe I, S. 274 FuBn. 3.

2) Foltin, Gutachten zum 5. DJT, S. 58, 59.

3) Henkel, Recht und Individualität, S. 27 FuBn. 30. Zum gleichen Ergebnis kommen Schweikert, Tatbestandslehre, S. 140 FuBn. 187; H. Mayer, AT S. 65. In diesem normativen Begriff wären zugleich Wolfs wertgefüllte und wertausfüllungsbedürftige Tatbestandselemente enthalten, RG-Festgabe V, S. 55.

4) Welzel, Lehrbuch, S. 72; ähnlich klingt die Unterscheidung von von Weber, Das Notstandsproblem, S. 77 Anm. 2, wonach die Fremdheit einer Sache kein normatives Merkmal sei, weil es ein Urteil über ein Sein, nicht über ein Sollen enthalte.

Anders wiederum Finger, Strafrecht, S. 460, der es "verwirrend" findet, bei nur gedanklich erfäßbaren Eigenarten von Realitäten wie der der Fremdheit von normativen Elementen zu sprechen.

C. Normativ im Sinne eines echten Werturteils (Bruns, Engisch)

Die Ursachen für die selbständige Entwicklung einer weiteren Deutung des Begriffs "normativ" sind auf das engste mit der fortgeführten Lehre Mezgers von den normativen Tatbestandselementen verknüpft.

Ausgangspunkt für die neue Entwicklung war die Betonung des Wesensunterschiedes in der Ausfüllung normativer Merkmale mit feststehenden Rechtsbegriffen im Gegensatz zur Ausfüllung durch umstrittene Wertungen. Damit verlagerte sich das Schwergewicht der Betrachtung von der Durchsicht der in Bezug genommenen Normenbereiche auf die Art ihrer Ausfüllung, vom Erkenntnisstoff zur Erkenntnismethode.

So kamen Krüger (1935) und Bruns (1938) zu dem Ergebnis, die eigentliche Bedeutung normativer Merkmale erschließe sich erst dort, wo der Richter ein echtes, schöpferisches Werturteil fälle ¹⁾. Als Ausschnitt von Mezgers Gruppeneinteilung der normativen Elemente mit kultureller Bewertung (hierzu werden die Bereiche von Moral und Sitte, die soziale Wertung und die allgemeine Verkehrsanschauung gerechnet ²⁾) und den "subjektiven Wertungsdelikten", die eine richterliche Eigenwertung erfordern ³⁾, hat sich somit der Begriff des Normativen entscheidend verengt, weil er alle weiteren Deutungen kategorial ausschließt.

Von der Betrachtungsweise, den Richter als "Rechtsschöpfer" ⁴⁾ anzusehen, ist dann der Weg nicht mehr weit, mit Bruns ⁵⁾ dem

1) Krüger, ZStW Bd. 54, 591 (638, 639); Bruns, Befreiung des Strafrechts, S. 316, 326. In diesem engeren Sinn wird der Begriff des Normativen auch aufgefaßt von Bienenfeld, Haftungen, S. 406; Dahm, Richtermacht, S. 18; Finger, S. 460; Thierfelder, Normativ und Wert, S. 67; von Weber, Strafrecht, S. 89.

2) Krüger, ZStW Bd. 54, 591 (638).

3) Mezger, Traeger-Festschrift, S. 299.

4) Krüger, a.a.O., S. 639: Es ist der Richter, der diese Kultur-norm schöpft; Dahm, Richtermacht, S. 15: Der Richter erhalte nicht teleologische Auslegung, sondern Vollmacht zur Wertung, erteilt vom fertigen Gesetz.

5) Bruns, Befreiung des Strafrechts, S. 324.

Gegensatz von deskriptiven und normativen Merkmalen untergeordnete Bedeutung zukommen zu lassen. Das bei den normativen Merkmalen von Anfang an bestehende Problem der Gesetzesbestimmtheit ¹⁾ tritt jetzt vollends in den Vordergrund. Es erhält sogar Definitionsrang, indem allein auf die Pole unbestimmter und bestimmter Rechtsbegriffe abgestellt wird ²⁾.

Zweifel an einer solchen Entwicklung waren schon deswegen berechtigt, weil Mezger ³⁾ frühzeitig darauf hingewiesen hatte, es mache die Eigenart aller normativen Tatbestandsmerkmale aus, durch richterliche Wertung gefüllt zu werden. Richtersubjektivität lasse sich nicht einmal bei den rechtlichen Wertungsdelikten leugnen.

Die Einordnung der normativen Merkmale in die Gruppe der unbestimmten Begriffe blieb im Ansatz stecken. Eine Gleichsetzung normativ-unbestimmt, die ursprünglich versucht wurde ⁴⁾, ist nach Mezgers Untersuchungen ernstlich nirgends erfolgt ⁵⁾.

Dazu trug besonders Wolf ⁶⁾ bei, der am Beispiel des Sachbegriffs nachwies, daß auch sogenannte Tatsachenfeststellungen zum Teil erhebliche Mehrdeutigkeiten beinhalten. Sogar ein Begriff wie der des Hundes sei Zweifeln ausgesetzt, wenn anlässlich einer Besteuerung eine Kreuzung von Hund und Wolf zu beurteilen sei. Das Unterfangen, auf den Grad einer Bestimmtheit oder die Trennbarkeit der Tatsachen von den Werturteilen abzustellen, erwies sich frühzeitig als undurchführbar.

1) Mezger, Traeger-Festschrift, S. 229.

2) Bruns, a.a.O., S. 324 bezieht sich dabei weitgehend auf Drost, Ermessen, S. 13-19, der dem Richter zur Ausfüllung der Seins- und Wertbegriffe einen weiten Bereich des Ermessens einräumt, ohne allerdings den Begriff "normativ" zu erwähnen. Der Sache nach ist aber offensichtlich dasselbe gemeint.

3) Mezger, Traeger-Festschrift, S. 229.

4) Wehli, Wach-Festschrift, S. 427; Zimmerl, Lehre vom Tatbestand, S. 13; mißverständlich neuerdings Engisch, Einführung, S. 111, die normativen Begriffe erschienen als Sonderklasse der unbestimmten.

5) vgl. die Ablehnung aus neuester Zeit von Lenckner, JuS 1968, 249 (256).

6) Wolf, RG-Festgabe V, S. 55.

Aus dieser Einsicht heraus will Engisch ¹⁾ den normativen Tatbestandselementen nur dann spezifischen Sinn zusprechen, wenn sie nicht mit den unbestimmten Begriffen gleichzusetzen sind. Welcher spezifische Sinn den normativen Merkmalen zukommt, läßt sich seiner eingehenden Untersuchung jedoch nicht leicht entnehmen, weil er die verschiedenen Deutungen des Begriffs "normativ" aneinanderreihet und zum Schluß eine als herrschende Begriffsdeutung bezeichnete Darstellung gibt. Diese nennt er "subjektiv-normative", weil bei den Merkmalen die ergänzende Wertung des Richters im Mittelpunkt stehe ²⁾.

Engisch begnügt sich dann mit der negativen Abgrenzung, der normative Sinn eines Merkmals könne weder durch die Bedeutung "wertbezogen" noch durch die Gleichsetzung mit der Eigenschaft "unbestimmt" gekennzeichnet werden. Alle weiteren Deutungen könnten "eventuell" nach terminologischer Zweckmäßigkeit ³⁾ getroffen werden. Nur diese großzügige Auffassung erklärt zum Beispiel den Umstand, daß bei der dann folgenden Darstellung Mezgers Lehre für drei verschiedene Sinndeutungen herangezogen wird ⁴⁾.

Eine Kritik an dieser Darstellungsweise bleibt späterer Erörterung vorbehalten. Es sei nur auf die Bedenken hingewiesen, die an eine solche beliebige Einteilung geknüpft sind. Engisch zählt u.a. Frank und H. Mayer zu denjenigen (S. 150), die sich für den Sinn des Normativen mit dem Inhalt einer "Urteilssubjektivität" entschieden hätten. Ganz offensichtlich steht diese Inhaltsfüllung im Gegensatz zu der vorher erörterten Bedeutung (S. 146), normativ habe nichts mit Wertungen zu tun, sondern bezeichne nur die Stellung innerhalb der Normenwelt. Beide angeführten Autoren

1) Engisch, Mezger-Festschrift, S. 142.

2) Engisch, a.a.O., S. 150 sowie in Einführung, S. 111. Dieser Meinung schließt sich Lenckner, JuS 1968, 249 Fußn. 7 an.

3) Engisch, Mezger-Festschrift, S. 145.

4) Engisch, a.a.O., S. 146 bis 150.

vertreten aber ebenfalls diesen weiteren Begriff der Normativen ¹⁾. Sie sind also gerade nicht zu denjenigen zu zählen, die den Begriff auf ein echtes, richterliches Werturteil einengen wollen.

Eine beliebige, nach Zweckmäßigkeitserwägungen orientierte Terminologie birgt die Gefahr in sich, wesensmäßige Unterschiede zu verdecken. Eine Auswahl in der Verwendung von Begriffen läßt sich nur vertreten, wenn auch feststeht, daß infolge gleicher Struktur und gleichen Umfangs das unterbreitete Material identisch ist.

Eine wertvolle Bereicherung erfährt die Lehre von den normativen Tatbestandsmerkmalen durch die als dialogisch zu charakterisierende Methode von Engisch, die Begriffstypen von den Polen her zu erfassen ²⁾. Gelingt es nämlich, wenigstens die deskriptiven Merkmale festzulegen und vor allem deren Grenzen aufzuzeigen, eröffnet sich im Ausleseverfahren für die übrigen Merkmale der normative Bereich ³⁾, will man nicht ein "tertium" einführen.

Die Vollendung dieses hoffnungsvollen Ansatzes verliert sich jedoch im Ungewissen.

Begriffe, die "mit Fug und Recht" deskriptive genannt werden ⁴⁾, sollen durch ihre Zugehörigkeit zum Alltagssprachgebrauch sowie zum juristischen Sprachgebrauch gekennzeichnet sein. Insbesondere zielten sie auf "aufweisbare Realitäten" ab, ihre Grundlage sei die "Tatsachenfeststellung". Damit wird wieder auf die unheilvolle, weil trügerische Trennung von Wert und Tatsache abgestellt, die Engisch in anderem Zusammenhang selbst verworfen hat ⁵⁾.

1) Frank, Komm, S. 5 bezieht sich indessen nur auf Meinung von Mezger. H. Mayer, Strafrecht 1953, S. 107 nennt als beispielhafte, werterfüllte Rechtsbegriffe u.a. Eigentum, meint also mit richterlichem Werturteil auf S. 108 nicht nur die Ausfüllung "mit Urteilssubjektivität".

2) Engisch, Mezger-Festschrift, S. 151.

3) Dieser Weg schwebt auch Kunert, Normative Merkmale, vor, wenn er in seiner Einleitung die deskriptiven Merkmale als solche sinnlicher Wahrnehmung bezeichnet, alle anderen Merkmale normativer Art.

4) Engisch, Mezger-Festschrift, S. 143.

5) Engisch, Logische Studien, S. 113.

Als methodisch wichtiger Anknüpfungspunkt an diese Untersuchung Engischs bleibt festzustellen, daß der Unterschied normativ-deskriptiv als ein konträrer, nicht kontradiktorischer ¹⁾ zu begreifen sein könnte und die Begriffsklärung nicht den deskriptiven Bereich vernachlässigen darf, weil sich hier am ehesten eine Festlegung anbietet.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß der heutige Gebrauch des Wortes "normativ" eine Gemeinsamkeit mit dem ursprünglich gemeinten Sinn nur noch in der Bezeichnung aufweist. Die den normativen Merkmalen anfangs zuerkannte Funktion, die Rechtswidrigkeit zu begründen, verlor ihre Berechtigung, nachdem das Dogma von der Wertfreiheit des Tatbestandes aufgegeben und in dem Verhältnis zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit die jeweilige Eigenständigkeit betont war. Diese Durchsicht förderte zahlreiche, wertbezügliche Elemente zutage, die ein ergänzendes Werturteil des Gesetzanwendenden erforderlich machten. Der Begriff des Normativen erstreckte sich in seinem weiten Sinn auf jede Beziehung zu einem Wertgebilde oder einer Norm, mochten diese bestimmt oder unbestimmt sein.

Eine eingehende Betrachtung der Arbeitsweise des Richters bei der Ausfüllung von Begriffen führte schließlich zur Einengung des Normbegriffs. Nur dort, wo der Richter echte, persönliche Werturteile faßte, sollte die besondere Bedeutung der normativen Merkmale liegen.

Mit dieser letztgenannten Lösung war die Lehre von den normativen Merkmalen keineswegs abgeschlossen. Einer Klärung harrete das Problem umsomehr, als jetzt eine Entwicklung eingetreten war, in der Strukturfragen in der Strafrechtsanwendung einer Beantwortung bedurften. Mit der Verlagerung des Schwergewichts auf die Betrachtungsweise richterlicher Erkenntnismethoden vertiefte sich die Auseinandersetzung, sie nahm grundsätzliche Formen an. Möglicherweise liegt hier der eigentliche Grund, aus dem heraus schließlich die Unterscheidung normativ-deskriptiv gänzlich abgelehnt wurde.

1) Engisch, Mezger-Festschrift, S. 155.

II. Die Ablehnung der Unterscheidung normativ-deskriptiv

A. Wolf: Alle Tatbestandsmerkmale sind normativ

Verschiedenartige methodische Ansatzpunkte und die aufgezeigte Vielfältigkeit des Norm- und Wertbegriffs führten zu extrem entgegengesetzten Ergebnissen. Zum einen stellte Wolf ¹⁾ die These von der Normativität sämtlicher Tatbestandselemente auf, zum anderen gipfelte Kunerts ²⁾ Untersuchung in dem Urteil, alle Elemente seien deskriptiv.

Der Weg zum Verständnis der These Wolfs ist nur geebnet, wenn man seinem erkenntniskritischen Gedanken folgt, die juristisch-methologische Arbeitsweise forme jeden Wert und jede Tatsache um, weil sämtliche Elemente in den juristischen Tatbestand aufgenommen worden seien ³⁾. Der Erkenntnisgehalt weder der Tatsachen noch der Wertwelt seien primäres Ziel, sie könnten noch nicht einmal theoretisches Interesse beanspruchen, weil jede Realität durch Aufnahme in ein Gesetz eine normative Wendung erfahre. Aus diesem Grund greift Wolf den Hinweis Mezgers auf, der Tatbestand enthalte in Wahrheit nur typisiertes Unrecht, allerdings ohne vollständige Regelung ⁴⁾. Soweit der Richter subjektive Wertungen treffen müsse, um die Lücken auszufüllen, handle es sich um wertausfüllungsbedürftige Delikte. Im übrigen könne der Richter auf vom Recht angebotene oder andere feste Wertmaßstäbe zurückgreifen. Diese Delikte seien wertgefüllte ⁵⁾.

Mit einem entscheidenden Schritt überbrückt Wolf die Gegensatzlichkeit dieser Wertungsdelikte zu den deskriptiven Begriffsbildungen: Die Tatsachenfeststellung (bezeichnender Weise wird die "Beurteilung" synonym verwendet ⁶⁾) erfolge mittels der Erfahrungs-

1) Wolf, RG-Festgabe V, S. 56. Dieser These haben sich angeschlossen Thierfelder, S. 64 und Lang-Hinrichsen, JR 1952, 302 (303).

2) Kunert, Normative Merkmale, S. 86.

3) Wolf, a.a.O., S. 55, 56.

4) Wolf, a.a.O., S. 54.

5) Wolf, RG-Festgabe V, S. 55.

6) Die diesen Delikten zukommende Eigenschaft deckt sich mit dem Begriff des Normativen, wie er von Mezger und Grünhut entwickelt wurde.

sätze, diese wiederum gehörten dem Wertbereich an. Eindeutige oder widerspruchslose Begriffsdeutungen gebe es nicht. Aus der Relativität der Tatsachenfeststellung folge die Notwendigkeit des Richters, auswählende, also normative Tätigkeit zu entfalten ¹⁾.

Als normativ bezeichnet Wolf mithin nicht nur die Arbeitsmethode des Richters, sondern auch das dem Richter unterbreitete Arbeitsgebiet erhält diese Eigenschaft. Die zweifache Bedeutung, die der Begriff hierdurch gewinnt, ist in sich konsequent: Geht man davon aus, schon die Aufnahme von Tatsachen- oder Wertbegriffen in den gesetzlichen Tatbestand bewirke deren normative Qualität, so führt notwendigerweise gesetzesanwendende Tätigkeit zu normativen Verhalten. Nur wird man sich vor Augen halten müssen, daß "normativ" jetzt in einem Sinn verstanden wird, wie er von den Befürwortern der Trennung des Begriffspaares niemals intendiert wurde. Grünhut ²⁾ hatte bereits 1926 unter Berufung auf Lasks Rechtsphilosophie hervorgehoben, daß "die Gesamtheit der dem Recht zugänglichen Gegenstände gleichsam mit einem teleologischen Gespinnst überzogen werden" müsse. Die teleologische Verfahrensweise war gerade nicht mit einer normativen Tätigkeit in Verbindung zu bringen oder sogar mit ihr gleichzusetzen.

Eine Kritik an der These Wolfs muß sich dieses vorverlegten Begriffsfeldes bewußt sein ³⁾. Andernfalls ist ein echter Vergleich nicht möglich ⁴⁾.

1) Wolf, a.a.O. S. 55.

2) Grünhut, Begriffsbildung, S. 23.

3) Mit der später aufgezeigten Notwendigkeit, zwischen normativen Merkmalen im engeren und weiteren Sinn zu unterscheiden, hat Wolf keineswegs seine grundlegende Meinung aufgegeben, sondern sie nur differenziert, vgl. ZAK DR 1936, 358.

4) Lang-Hinrichsen, JR 1952, 302 (303) und Thierfelder, S. 64, die sich Wolfs Meinung anschließen, berücksichtigen diesen Unterschied nicht; ebensowenig Larenz, Methodenlehre, S. 176 Fußn. 1, der alle Tatbestandsmerkmale normativ nennt, weil sie auf den Sinn einer Rechtsnorm bezogen seien.

B. Kunert: Alle Tatbestandsmerkmale sind deskriptiv

Weniger auf eine Erkenntnis als auf ein Bekenntnis läuft die Ansicht Kunerts ¹⁾ hinaus, alle Tatbestandsmerkmale seien deskriptiv. Im Gegensatz zu Wolf sind die Grundlagen seines Urteils nicht in erkenntniskritischen oder dogmatischen Zusammenhängen verankert, sondern im wesentlichen in einer begrifflichen und formalen Kategorie.

Nach Kunert ist der Tatbestand gekennzeichnet als Beschreibung normwidrigen Verhaltens ²⁾. Was für den Tatbestand in seiner Gesamtheit gelte, könne für die einzelnen Elemente nicht anders zu beurteilen sein ³⁾: Also habe jedes Tatbestandsmerkmal beschreibenden Charakter, alle seien deskriptiv ⁴⁾. Diese verblüffend einfache Schlussfolgerung wird allein verständlich, wenn man Kunerts vorangegangenes Bemühen würdigt, das Verhältnis von "Vorbewertung" und Rechtswidrigkeitsbewertung in den Tatbestandslehren zu klären.

Offenbar gelangt Kunert zur Eliminierung des normativen Elements dadurch, daß er in den Gesetzen verkörperte Werthaltungen sieht, die es überflüssig erscheinen lassen, im Verlaufe struktureller Untersuchungen wiederholt oder zur Unterscheidung von Tatbestandsmerkmalen hervorgehoben zu werden.

Schlagartig erhellt diese Interpretation die Polarität der die Anerkennung der normativen Merkmale ablehnenden Meinungen: Was den einen wesentliches Charakteristikum ist und der Anlaß, alle Tatbestandsmerkmale für normativ zu erklären, erscheint den anderen so selbstverständlich, daß sie auf diese Kennzeichnung ganz verzichten. Dagegen klären die Vertreter beider Meinungen den Begriff

1) Kunert, Normative Merkmale, S. 86.

2) Kunert, a.a.O. S. 84.

3) Kunert, a.a.O. S. 86.

4) vgl. Bruns ähnl. Schlussfolg., Befreiung, S. 327.

"normativ" in einem Stadium, in dem die Befürworter der Unterscheidung noch keinerlei Anstalten zur Differenzierung treffen, nämlich im Zeitpunkt der Aufnahme eines Begriffs in ein Strafgesetz.

Kunerts These von der Deskriptivität aller Tatbestandsmerkmale findet einen weiteren Rückhalt in Welzels Wertmetaphysik ¹⁾, aus der allerdings nur Ausschnitte übernommen werden.

Welzel ²⁾ führt zur Abgrenzung seiner Position gegenüber den neukantianisch orientierten Strafrechtstheorien aus, die Begriffsbildungen des Gesetzes seien in einer sinnerfüllten, realen Welt verwurzelt und bedeuteten daher immer nur "Deskriptionen eines gestalteten, ontischen Seins". Indem Kunert ³⁾ nur diesen Teilaspekt berücksichtigt, erklärt sich seine Forderung, man habe sich "von der Vorstellung frei zu machen, als bedeute deskriptiv die Beschreibung von etwas äußerlich Naturalistischem oder sinnlich Wahrnehmbarem" ⁴⁾. Jede tatsächliche und kulturelle Erscheinung könne beschrieben werden.

Ohne vorzugreifen, kann bereits an dieser Stelle gesagt werden, daß die Deutungen des Begriffspaares deskriptiv-normativ solange variieren werden, als keine Einigung in der Methode zur Durchforstung des Begriffsfeldes erzielt wird. Aus verschiedenen Ansatzpunkten und ausschnittsweiser Problembetrachtung resultieren notgedrungen andersartige Deduktionen.

Um eine Entwirrung des Begriffsknäuels bemühen sich endlich diejenigen Autoren, die keine Entscheidung treffen, sondern vermittelnd von einem mehr deskriptiven oder mehr normativen Wesen eines Tatbestandsmerkmals sprechen.

- 1) Als Schüler Welzels bezieht sich Kunert bei der Entwicklung seiner These auf Welzel (S. 84 Fußn. 6), obwohl dieser die angezogene Äußerung keineswegs so ausschließlich verstand wie Kunert; dies folgt allein aus Welzels Anerkennung der Unterscheidung von deskriptiven und normativen Merkmalen.
- 2) Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie, S. 74.
- 3) Insbesondere lehnt Kunert die Ansicht ab, mit der Welzel später die Unterscheidung deskriptiv-normativ begründet. Für Kunert handelt es sich hierbei nur um einen "Gradunterschied des Verstehens", nicht um einen "Artunterschied", Normative Merkmale, S. 91.
- 4) Kunert, S. 86.

C. Vermittelnde Meinungen

Angesichts der unbestreitbaren Notwendigkeit der Auslegung sämtlicher Tatbestandsmerkmale, sieht Maurach¹⁾ die Bedeutung der Trennung von deskriptiven und normativen Merkmalen schwinden. Jedes Verbrechensmerkmal müsse mit sozialetischem Gehalt ausgefüllt werden²⁾. Die Kulturauffassung und der Gesetzeszweck würden auch bei der Ausfüllung der deskriptiven Merkmale berücksichtigt³⁾. Deskriptive Begriffe wie die des Menschen, der Wegnahme und des Tötens bedürften ebenfalls einer Festlegung⁴⁾. Auch bei ihrer Auslegung müsse der Strafrechtzweck im allgemeinen und die Schutzrichtung des Tatbestandes im konkreten Fall mitbestimmend sein. Nicht unberechtigt seien daher jene Stimmen, die die Existenz deskriptiver Merkmale leugneten⁵⁾.

Werden auf diese Weise bereits allgemeine Auslegung und spezielle Wertausfüllung in einen wesensgleichen Zusammenhang gebracht, so geben insbesondere Abgrenzungsschwierigkeiten Baumann Veranlassung, die Trennung für "recht vage" zu erklären. Richtiger wäre es nach seiner Meinung, nur von "mehr normativen" oder "mehr deskriptiven" Eigenschaften zu sprechen⁶⁾. Ohne nähere Begründung behauptet er anschließend, die deskriptiven Merkmale erforderten gleichfalls eine richterlicher Wertung, nur sei diese nicht so auffällig⁷⁾. Aus dem Nutzen der Unterscheidung vornehmlich für eine bewußte Auslegung bejaht er schließlich die Unterscheidung.

Die vermittelnden Meinungen neigen letztlich zu Wolfs normativer Begriffsdeutung. Weil jedes Merkmal ausgelegt und mit einer Wertung ausgefüllt werden muß, erscheint eine logische Trennbarkeit dieses einheitlichen Vorgangs nicht möglich.

1) Maurach, AT S. 207.

2) Maurach, AT S. 117.

3) Maurach, AT S. 208.

4) Maurach, AT S. 207.

5) Maurach, AT S. 207.

6) Baumann, AT S. 114. Den bloß graduellen Unterschied betonen ebenso Class, Grenzen des Tatbestandes, S. 166; Schuppenies, Revisibilität, S. 12; Kunert, S. 91. Warda, Ermessen, S. 25, stellt auf einen quantitativen, nicht qualitativen Unterschied ab.

7) An anderer Stelle spricht Baumann von einem "Auslegungsspielraum", der den deskriptiven Begriffen gewährt sei, Ringvorlesung, S. 127.

Die angebotene Vermittlerrolle ist bei der Strukturanalyse von untergeordneter Wichtigkeit, denn der Gesichtspunkt des Nutzens, den die Unterscheidung hervorbringen soll, besagt nichts über ihre Wesentlichkeit.

Ihre Berechtigung erfahren die vermittelnden Meinungen aber dann, wenn sich bei der anschließenden Untersuchung zeigt, daß eine begriffliche Gegenüberstellung von deskriptiven und normativen Tatbestandselementen undurchführbar ist, diese Elemente sich vielmehr gegenseitig durchdringen, so daß ihr Strukturaufbau nur in einem graduellen Übergang gedacht werden kann ¹⁾.

1) so Class, Grenzen des Tatbestandes, S. 165, 166.

III. Die dogmatische Klärung des Begriffspaares und seine Praktikabilität

A. Begriffskritik und Strukturunterschiede

Bei der Erfassung eines Begriffs wird das Bemühen vorherrschen, die Grenzen aufzuzeigen, an die die inhaltliche Ausfüllung der Definition stößt. Dabei sind sowohl die äußeren Grenzen aufzuzeigen, ihre Überschneidungen als auch mögliche Widersprüche innerhalb des Begriffsfeldes.

1. Negative Begriffsgrenzen

Eine Abgrenzung in negativer Hinsicht, d.h. in welchem Sinn "normativ" nicht zu verstehen ist, führt zu einer Auseinandersetzung mit den die Unterscheidung ablehnenden Meinungen, also vornehmlich mit den Thesen von Wolf und Kunert.

Das Ergebnis von Wolfs Untersuchung, alle Tatbestandsmerkmale seien normativ, weil sie, juristisch bewertet, in den Tatbestand aufgenommen seien, ist ebenso zutreffend wie selbstverständlich ¹⁾. Diese Feststellung erweckt zu Recht den Anschein, sie sei im Vorfeld der Auseinandersetzung gewonnen. So ist es kein Zufall, daß Wolf von allen Seiten Zustimmung erhält, auch von seinen Gegnern ²⁾.

Sogar Mezger ³⁾ sieht sich zu einem späteren Zeitpunkt veranlaßt, Wolf darin zuzustimmen, "daß im Grunde genommen alle Elemente des Tatbestandes normativen Charakter tragen".

1) Grünhut, Begriffsbildung, S. 20, spricht ebenfalls von einer Selbstverständlichkeit, weil es sich um die Einheit des Geltungsgrundes handele.

2) u.a. von Hegler, Frank-Festgabe I, S. 274 Fußn. 2; Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 167; Larenz, Methodenlehre, S. 176 Fußn. 1; Thierfelder, S. 64.

3) Mezger, Lb, 3. Aufl., S. 191.

Die Einhelligkeit dieser Meinungen liegt begründet in der der juristischen Begriffswelt eigentümlichen Umformung gedachter und anschaulicher Erscheinungen in eine Gesetzesform. Dieser Vorgang kann allenfalls auf den gemeinsamen Nenner eines teleologisch ausgerichteten Begriffsaufbaus gebracht werden. Eine vom teleologischen Standpunkt aus zielende Kritik wird der Aufgabe der Differenzierung von Tatbestandselementen jedenfalls nicht gerecht.

Im Bereich der Philosophie gehört es mit zu den meist erörterten und wohl unlösbaren Problemstellungen, das Reich der Werte von dem der Tatsachen zu trennen und mittels aufweisbarer Erkenntnisgrundlagen die Welt des Seins von den Sollenssätzen zu unterscheiden. Es wäre vermessen, und diese Forderung wird auch nicht ernsthaft erhoben, mit Hilfe juristischer Begriffskategorien eine Beantwortung dieser Fragen herbeiführen zu wollen. Aus diesem Grund führt die Argumentation nicht weiter, Tatsachen- und Werturteile ließen sich nicht unterscheiden, denn auch Tatsachen seien ja "nichts schlechthin Gegebenes" ¹⁾.

Die oft genannten Unterscheidungskriterien von Tatsachen- und Werturteil, die zu einer solchen Folgerung geführt haben mögen, standen stets unter dem Vorbehalt ihres nur relativen Erkenntniswertes ²⁾. Begriffsentscheidend für die Kategorie deskriptiv bei der Einordnung z.B. des Sachbegriffs oder des Merkmals der Tötung war und ist nicht die Feststellung einer ontischen Gegebenheit, die Zugehörigkeit zu einer "Seinswelt". Maßgeblich ist, verständlich allein im Sinne einer Gegensätzlichkeit, die schlichte Feststellbarkeit ohne Zuhilfenahme weiterer Wertungsakte.

1) Wolf, RG-Festgabe V, S. 55.

2) Mezger hatte von Anfang an darauf hingewiesen, daß die Tatsachenerkenntnis ein philosophisches Problem sei, und die Grundlagen jeder Erkenntnis stets normativer Art seien, Traeger-Festschrift, S. 224. Welzel weist darauf hin, daß Realität im juristischen Sinn immer bedeutungshaltige Wirklichkeit meine, JZ 1953, 120.

An den genannten, unzweifelhaft deskriptiven Begriffen der Sache und der Tötung wird das Gemeinte durch den Schwierigkeitsgrad in Subsumtionsfragen deutlich: Ist die Elektrizität oder ein Getreidehaufen eine Sache? Ist ein Mensch tot, dessen Herz zehn, zwanzig oder dreißig Minuten lang nicht geschlagen hat? Wie auch immer die Antworten ausfallen mögen, die problematische Subsumtion und der Grad ihrer Unsicherheit ändern nichts an der Deskriptivität des Oberbegriffs, weil dieser, ohne Rückgriff auf weitere Wert- oder Normbereiche, ausgelegt werden muß.

Die wiederum nur eine Selbstverständlichkeit enthaltende These von der Normativität aller Tatbestandsmerkmale wird vollends sichtbar, wenn nach Unterschieden zwischen der Auslegung eines Merkmals und seinem normativen Wesen im Sinne Wolfs gesucht wird. Die breit angelegte Erörterung des Sachbegriffs mündet schließlich in der Feststellung Wolfs, der Sinn dieses Begriffs sei mehrdeutig, also normative Tätigkeit des Richters erforderlich, um im Wege der Auswahl den Begriff festzustellen ¹⁾.

Diese Begriffsreduzierung mehrerer möglicher Bedeutungen auf ein Auswahlresultat, die Ermittlung des Begriffsinhalts im Gegensatz zu anderen Sinngebungen, läßt sich nicht mehr von dem unterscheiden, was gemeinhin als Auslegung bezeichnet wird ²⁾. Dieser "normative" Sinn verdient keine spezifische Beachtung.

Damit stößt Wolfs These zum zweiten Mal auf einen Grundbegriff juristischer Terminologie, den er glaubt, zur Stützung seines Urteils in Anspruch nehmen zu können. Die Teleologie des Gesetzes und die auslegende Tätigkeit des Richters sind die tragenden Pfeiler in Wolfs Gedankengebäude. Beiden Kategorien wird von

1) Wolf, RG-Festgabe V, S. 55.

2) Bezeichnenderweise taucht das Kriterium der Erfahrung, mit dem Wolf die Normativität der Tatsachenfeststellung nachweist, a.a.O. S. 55, üblicherweise bei der Erörterung der Auslegungsmittel auf, so z.B. bei Mezger-Blei, AT, S. 27.

keiner Seite widersprochen. Gleichwohl werden jeweils verschiedene Ergebnisse erzielt.

Die Eigenart dieses Widerspruchs findet ihre Erklärung in den verschiedenen Arbeitsmethoden. Während Wolf bereits angesichts der Teleologie des Gesetzes und der richterlichen Auslegung die normative Begriffskategorie einführt, treffen die die Trennung des Begriffspaares bejahenden Autoren noch keine Unterscheidungen. Zum Zeitpunkt, da diese differenzieren, hat Wolf seine Entscheidung bereits getroffen. Mit anderen Worten: Verwendet Wolf besondere Kategorien, verharren die Anderen noch in allgemeinen, gebrauchen sie spezielle, verweist Wolf auf seine generellen.

Dieser Durchblick rechtfertigt die Feststellung, daß Wolf der speziellen Auseinandersetzung um die Berechtigung der normativen Tatbestandsmerkmale methodisch nicht gerecht wird. Normativität, verstanden als Teleologie des Gesetzes und richterliche Auslegung, beruht auf einer vorverlegten Generalisierung. Spezifische Bedeutung erlangt dieser Allgemeingedanke nicht.

Führt bei Wolf die Verallgemeinerung zur Verkennung des Problems, läßt Kunerts These von der Deskriptivität aller Tatbestandsmerkmale sogar diesen allgemeinen Sinn des Normativen außer acht. Notgedrungen korrespondiert die extreme Ausdehnung einer "beschreibenden" Eigentümlichkeit mit einer Zurückdrängung der wertenden Besonderheit. Wenn Kunert ¹⁾ meint, es gelte, sich von dem herkömmlichen Begriff des Deskriptiven freizumachen, denn beschreiben könne man auch kulturelle Phänomene, so stellt sich seine Befreiung als Verzicht dar. Die Beschreibbarkeit seelischer oder geistiger Erscheinungen wurde bisher noch nicht geleugnet, man könnte sie als begriffsimmanent bezeichnen, denkt man an Kants Aussage: "Gedanken ohne Inhalt sind leer, Anschauungen ohne

1) Kunert, S. 86.

Begriffe sind blind." ¹⁾ Nur hat keiner, der den Begriff "deskriptiv" bisher gebrauchte, ihn in dieser allgemeinsten Form verstanden. Weil Kunert ebenfalls nicht auf die spezielle Ausgestaltung eingeht, die der Begriff "normativ" erfahren hat, führt seine These auch zu keiner Klärung des Begriffspaares. Seine Aussage, jedes Tatbestandsmerkmal sei deskriptiv, weil die Gesetzes-sprache beschreibe, ist nicht systemförderlich. Sie wiederholt Selbstverständliches.

Der Vergleich der Darstellungsweisen von Wolf und Kunert einerseits und den die Trennung von normativen und deskriptiven Merkmalen bejahenden Ansichten andererseits hat somit ergeben: Normativ bedeutet nicht "durch die Aufnahme in ein Gesetz bewertet" oder "im Wege der Auslegung festgestellt", deskriptiv kann nicht beinhalten "mittels des Tatbestandes beschrieben".

Von Wichtigkeit ist nunmehr eine positive Inhaltsbestimmung des Begriffspaares.

2. Positive Begriffsfestlegung

Die Spannungsweite einer jeden begrifflichen Klärung umfaßt das Begriffssubstrat und dessen methodische Erfassung. Auf die Begriffstypen deskriptiv und normativ bezogen, sind damit die maßgebenden Gesichtspunkte vorgezeichnet. Sollen die Kritiker einer Unterscheidung nicht Recht behalten, müssen die Wahl der Erkenntnismittel oder die Herkunft eines Merkmals die Trennung ermöglichen.

Wenn üblicherweise darauf abgestellt wird, deskriptive Elemente seien durch sinnliche Wahrnehmung erfaßbar, normative durch ein Werturteil, so deuten in der Tat die Art und Weise ihrer Erfahrbarkeit auf die unterschiedliche Erkenntnisfähigkeit hin.

1) Kant, Bd. III, Kritik der reinen Vernunft, S. 75, Zeile 14, 15 (Kant's gesammelte Schriften, herausgegeben von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften, Berlin, 1904).

Auf die Schwierigkeit dieser Abgrenzung ist bereits hingewiesen worden. Englisch ¹⁾ hat zutreffend betont, vom rechtstheoretischen Standpunkt aus liege der schwache Punkt in der Lehre der normativen Merkmale dort, wo sich die Feststellung der Seinsbegriffe im Unge- wissen und die Werturteile in einer persönlichen Stellungnahme berührten. Aus diesem Grunde gilt es nicht so sehr, auf die Er- kenntnismittel abzustellen, wenn gerade sie in den Grenzfällen Zweifel aufkommen lassen.

Gleichwohl führt ein hinter der Trennung von Tatsachen- und Wert- urteil liegender Gedanke zu beachtlichem Fortschritt. Es gibt Er- scheinungen, die ohne jede weitere Würdigung allein auf Grund der Wahrnehmung mittels der Sinnesorgane verständlich sind oder über welche nur ihr nachweisbares Vorhandensein entscheidet: Ob jemand "Ärgernis genommen" hat (§ 183), läßt sich einfach feststellen, die Berechtigung oder eine Stellungnahme spielen dabei keine Rolle. Die "Absicht" des Täters, die Sache wegzunehmen (§ 242), ist ent- weder vorhanden oder nicht; und auch das vielzitierte Sachbeispiel (§ 303) erhält seine Charakterisierung nur dadurch, daß die körper- lich faßbare Realität über das Vorliegen entscheidet. Mit der Be- zeichnung deskriptiv für diese Merkmale ist das Schwergewicht nicht auf den Vorgang sinnlicher Wahrnehmung zu legen - auch normative Gegebenheiten müssen vor einer Bewertung erst einmal erkannt werden - sondern Betonung verdient die Eigenschaft der Erschließbarkeit allein auf dieser Ebene:

Der Wesenszug eines Tatbestandsmerkmals gelangt zur vollen Klar- heit erst dann, wenn man ihn in Gegensatz zu anderen setzt: Deskriptive Merkmale werden durch einen einstufigen Feststellungs- akt ausgefüllt, normative mit einem zweistufigen ²⁾.

1) Englisch, Mezger-Festschrift, S. 155.

2) Sachlich dürfte dasselbe gemeint sein, wenn bei den normativen Merkmalen eine "weitere Wertung" in der Gesetzesanwendung für erforderlich gehalten wird (Mezger, Traeger-Festschrift, S. 217).

Der zusätzliche Wertungsakt bei den normativen Merkmalen lenkt das Augenmerk auf das den Begriffstypen unterliegende Bezugsgebiet. Deskriptive Merkmale können nur im Zusammenhang mit dem tatsächlichen, nachweisbaren Geschehen verstanden werden. Herkunftsort und Beziehungspunkt fallen zusammen. Normative Merkmale dagegen, und hierin liegt der bedeutsamste Unterschied, erhalten ihre Ausfüllung erst durch einen Normen- oder Wertbereich ¹⁾. Dieser Bereich ist unabhängig von der sinnlichen Wahrnehmung oder anderen Momenten der Feststellung zu erforschen und auszulegen. Ohne Aufnahme dieses Normen- oder Wertbereichs wäre die Nabelschnur zu den normativen Merkmalen abgeschnitten. So erhält z.B. der Mord seine Charakterisierung als aus "niedrigen Beweggründen" begangen erst dann, wenn der Bereich sittlicher Wertungen ausgelotet ist. Der rein tatsächlichen Feststellung der Motive sind die Wertungen nicht zu entnehmen. Das Vorhandensein von Papier und Tinte ist für sich genommen bedeutungslos, erst rechtlicher Normenzusammenhang vermag die Urkundenqualität zu erklären ²⁾.

Normative Merkmale erhalten ihre Bedeutung nie allein durch sinnliche Wahrnehmung, deskriptive beziehen sich auf keinen Normen- oder Wertbereich.

Eine auf diese Weise vorgenommene Trennung wäre gleichwohl nur als vorläufiges Ergebnis zu betrachten, wenn eine Strukturanalyse der normativen Merkmale ergäbe, daß diese sich letztlich auf einen deskriptiven Kern zurückführen ließen ³⁾. In diesem Fall befänden sich die normativen Bestandteile in einem bloßen Durch-

-
- 1) Ebenso Lenckner, JuS 1968, 249 (250): "... an die Stelle der juristischen Normierung tritt hier die verweisende Übernahme anderer Normenkomplexe ...".
 - 2) Welzel, JZ 1953, 119 (120) führt das Urkundenbeispiel an, um den besonderen Bedeutungsinhalt der normativen Merkmale zu erklären.
 - 3) Diese Fragestellung spielt zugleich eine erhebliche Rolle für die vom Reichsgericht für den Vorsatzausschluß getroffene Unterscheidung in strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Irrtum, auf die später einzugehen ist.

gangsstadium, so daß mit einigem Recht zu fragen wäre, ob nicht das zuletzt erreichte Stadium zur Typisierung herangezogen werden soll - mit der Folge, alle Tatbestandsmerkmale für deskriptiv zu erklären.

Eine solche Rückführung auf deskriptive Bestandteile soll am Beispiel des "Unzüchtigen" und des "Ehebruchs" versucht werden.

Der Begriff des Unzüchtigen, wie er im wesentlichen den §§ 174 ff. StGB zugrundeliegt, wird allgemein dahin definiert, in objektiver Hinsicht werde das allgemeine Scham- oder Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Beziehung erheblich verletzt, in subjektiver Hinsicht die Handlung von sexuellem Empfinden getragen ¹⁾.

Das subjektive Moment ist sogleich in die deskriptive Kategorie einzuordnen, da es auf eine bloße Feststellung des Motivs der Sinneslust hinausläuft und ohne weitere Wertung auf sein Vorliegen zu untersuchen ist.

Eine Beschreibung des Scham- oder Sittlichkeitsgefühls stößt aber bereits auf unüberwindliche Hindernisse. Ausschlaggebend sollen die in unserer pluralistischen Gesellschaft vorhandenen Wertvorstellungen sein ²⁾. Entscheidend sei die "Stellungnahme des unverdorbenen Beurteilenden" ³⁾ oder des gesund Fühlenden ⁴⁾. Maßgebend soll das "normale, allgemeine Gefühl" ⁵⁾ sein. Die Vielfalt der bemühten Personen oder Kriterien, deren Gefühl zu untersuchen ist, deckt die Komplexität dieses Erlebnisvorganges auf. Wieviele Menschen und welche auch immer maßgebend sein werden, der Inhalt dieser Gefühlswelten läßt sich nicht abschließend umschreiben. Stets muß auf eine Gesamtheit von Faktoren zurückgegriffen werden. Der Zugang zum Bedeutungsgehalt des Scham- oder Sittlichkeitsgefühls erschließt sich nur in dem sittlichen Normenkreis, der

1) so im wesentlichen die h.M. und Rechtsprechung, vgl. statt vieler Schwarz-Dreher, Vor § 173 Anm. 2A, B.

2) Schwarz-Dreher, Vor § 173, Anm. 2 A.

3) Maurach, BT S. 405.

4) Mezger-Blei, BT S. 75.

5) RGSt 32, 418 (420).

kasuistisch oder generell genannt, aber nicht abschließend durch erfahrbare, sinnliche Wahrnehmungsakte beschrieben werden kann. Der Unzuchtsbegriff entzieht sich rein deskriptiver Tatbestandstechnik.

Eine Zergliederung in deskriptive Elemente scheint dagegen beim Begriff des Ehebruchs möglich.

Versteht man darunter den Beischlaf einer verheirateten Person mit einer dritten anderen Geschlechts ¹⁾, so läßt sich die Deliktshandlung auf die jede weitere Wertung ausschließende Wahrnehmung der Vereinigung der Geschlechtsteile zurückführen ²⁾. Bestimmt man die Ehe als rechtlich anerkannte Verbindung von Mann und Frau zu dauernder Lebensgemeinschaft ³⁾, wird der Inhalt dieses Gemeinschaftsverhältnisses zwar mit weiteren rechtlichen, sozialen und ethischen Komponenten ausgefüllt. Diese Normbeziehungen gehören aber nicht zum Tatbestand des § 172 StGB. Für ihn ist die Formalbegründung der Ehe maßgebend: Die Verlobten erklären persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit vor einem Standesbeamten (§ 11 Abs. 1 EheG), die Ehe miteinander eingehen zu wollen (§ 13 Abs. 1 EheG). Auf diese Weise verbundene Personen sind bereits taugliche Ehebrecher, unabhängig von der Gestaltung ihrer Lebensgemeinschaft. Die konstitutiven Elemente der Ehebegründung tragen ausschließlich deskriptive Züge: Die Anwesenheit des Standesbeamten, das persönliche Erscheinen der Verlobten und ihre Willenserklärung.

Unter den normativen Elementen existieren also zugleich solche, wenn auch in der Minderzahl ⁴⁾, die auf rein deskriptive Bestandteile zurückgeführt werden können. Damit taucht die abschließend zu klärende Frage auf, wie weit der Kreis der Normen- und Wertbereiche

1) RGSt 70, 173 (174).

2) h.M., vgl. statt vieler Schönke-Schröder, § 172 Rdnr. 2.

3) so u.a. Erman, BGB-Komm., Vor § 1 EheG Anm. 1.

4) Sie entstammen in der Hauptsache rechtlicher Zuordnung. Als Beispiele dienen weiterhin "minderjährig", "fremd", "Beamter". Zu den beiden letzten Begriffen vgl. Krüger, ZStW 54, 591 (638).

zu ziehen ist, damit die Begriffe noch die Qualifizierung "normativ" erhalten können.

Eine Konkretisierung des Normbegriffs zielt im wesentlichen auf die Entscheidung ab, ob die Rechtsbegriffe auszuschneiden sind, weil bei ihnen ein echtes Werturteil fehle. Engisch ¹⁾ bezeichnet diese zweite Bedeutung des Normativen als die vorzugswürdige, allerdings ohne nähere Begründung. Die Erklärung hierfür findet sich in der Begründung, mit der der Begriff des Normativen auf ein echtes Werturteil beschränkt wird ²⁾: Der fehlende Abschluß gesetzlicher Wertungen kennzeichne die normativen Merkmale, bei den Rechtsbegriffen dagegen liege die abschließende Wertung in der vorhandenen Rechtsordnung ³⁾. Bei genauerem Hinsehen beruht diese Einschränkung auf formalen Erwägungen und entbehrt der inneren Berechtigung. Die Rechtsbegriffe sind in gleichem Maße "offen" wie die übrigen normativen Merkmale. Wollte man aus der eigentümlichen Beziehung zu der allgemeinen Rechtsordnung einen trennenden Wesenszug herleiten, so liefe das auf die Behauptung hinaus, Werturteile seien nur deswegen echte, weil ihr Bezugsgebiet nicht genannt ist.

Hat man sich jedoch darauf festgelegt, daß die Unbestimmtheit kein Wesensmerkmal des Normativen ist ⁴⁾, so kann es auch keinen Unterschied machen, ob die weitere Ausfüllung eines Begriffs durch feststehende (Rechts-) Normenbereiche vorgenommen wird oder durch relativ ungewisse Wertbereiche. Gemeinsam ist solchen Fällen, daß die Tatbestandsmerkmale nicht aus sich heraus durch sinnliche

1) Engisch, Einführung S. 111.

2) vgl. oben S. 16-20.

3) Nach Bruns, Befreiung, ist der Inhalt juristischer Begriffe "in anderen Rechtsgebieten ablesbar" (S. 321), bei normativen Merkmalen sei das abschließende Werturteil fremden Instanzen überlassen (S. 316). Nach Krüger, ZStW Bd. 54, 591 (638) handelt es sich bei den juristischen Begriffen nur um Tatsachenschätzung, normative Merkmale erforderten Normschöpfungen (S. 639). Bienenfeld, Haftungen, S. 406 Fußn. 19 will die juristischen Begriffe ausschließen, weil sie nur die rechtliche Relevanz des Tatbestandes anzeigten, nicht eine Bewertung des Tatbestandes notwendig machten. In diesem Sinne auch v. Weber, Grundr., S. 89, der die juristischen Begriffe nicht zu den normativen zählt, weil sie nur das Ergebnis einer an anderer Stelle erfolgten gesetzlichen Wertung seien.

4) so vor allem Engisch, Mezger-Festschrift, S. 142.

Wahrnehmung ermittelt werden können, sondern nur unter Zuhilfenahme weiterer Ausfüllungsakte: Mittels kultureller, sittlicher, rechtlicher, ästhetischer, biologischer, medizinischer Normen- oder Wertbereiche, bei denen das Erfahrungswissen durchschnittliche Maßstäbe oder vergleichende Betrachtungsweise entscheidend sind. Dieser Ausfüllungsvorgang stempelt die Merkmale zu den normativen. Unbeachtlich hat daher auch die vereinzelte Rückführungsmöglichkeit in deskriptive Merkmale zu bleiben, denn die Inhaltsausfüllung, die allein über den normativen Charakter entscheidet, ist zu diesem Zeitpunkt bereits abgeschlossen.

Die Aussonderung der Rechtsbegriffe mit der Begründung fehlender echter Werturteile birgt überdies mehr Gefahren, als sie zur begrifflichen Klärung beiträgt. Das zeigt sich an den Merkmalen, bei denen zweifelhaft ist, ob zu ihrer Feststellung eine wertende Tätigkeit erforderlich ist: So etwa bei der Feststellung der Wahrheit, des Nachteils, der Wichtigkeit oder der Unbedeutendheit eines Wertes.

Die Tauglichkeit eines Begriffs leidet erheblich, wenn zu seiner Feststellung dergestalt schwierige Erfordernisse wie die eines "echten" Werturteils verlangt werden. Als Folge des problematischen Oberbegriffs stellen sich wiederum Mißverständnisse ein, und im proportionalen Verhältnis wachsen die Verständnisschwierigkeiten: Engisch ¹⁾ führt schließlich die ein echtes Werturteil erfordernden Merkmale als Sonderklasse der unbestimmten Begriffe auf, Krüger ²⁾ sieht ihre Besonderheit in der Normschöpfungsfunktion, und Bruns ³⁾ läßt den Fragenkreis im Bereich richterlichen Ermessens aufgehen.

1) Engisch, Einführung, S. 111.

2) Krüger, ZStW Bd. 54, 591 (639).

3) Bruns, Befreiung, S. 324. Dieser Zusammenhang wird bereits durch die Charakterisierung eines echten Urteils hergestellt; ein gewisser Spielraum und eine freie Rechtsfindung sind damit nahegelegt. Eine Trennbarkeit im Hinblick auf die unbestimmten Merkmale gestaltet sich dadurch noch schwieriger.

Geben also weder strukturelle Unterschiede noch terminologische Zweckmäßigkeiten Veranlassung, den Begriff des Normativen auf ein echtes Werturteil zu reduzieren, ist der Begriff auf andere Weise festzulegen.

Der Nachweis genereller Strukturelemente im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches stellt praktisch den Beginn eines zweiten Allgemeinen Teils dar ¹⁾. Nicht ausschnittsweise, sondern komplexe Betrachtungsweise ist daher geboten. Dabei schälen sich zwei logisch verschiedenartige Strukturen ²⁾ heraus: Zum einen sind in den Tatbeständen Merkmale enthalten, zu deren Feststellung und Begriffsausfüllung ausschließlich die sinnliche Wahrnehmung erforderlich ist. Der Bedeutungsgehalt erschließt sich aus dem genannten Begriff. Als reine Feststellungsakte unterliegen sie keiner Meinungsverschiedenheit über die Beurteilung der Wahrnehmung, sondern nur über die Begriffsbezeichnung. Diese Merkmale sind als äußere Tatsachen anzutreffen oder als innere Einstellungen. Sie werden deskriptive Tatbestandsmerkmale genannt, weil ihre Feststellbarkeit sich darin erschöpft, mittels der Wahrnehmung beschrieben zu werden.

Bei anderen Tatbestandsmerkmalen wird der Sinn erst durch eine weitere Wertung, durch die Aufnahme einer Norm- oder Wertbeziehung erschlossen. Nicht der gesamte Normenkreis findet hierbei Berücksichtigung, sondern nur ein Teil. Diese Auswahl stellt eine wertende Tätigkeit dar. Normativ heißen diese Merkmale, weil sie ihren Inhalt erst unter Zuhilfenahme einer Norm gewinnen.

Normative Merkmale sind überall dort anzutreffen, wo das Gesetz auf eine sittliche, rechtliche, ästhetische, biologische oder medizi-

-
- 1) Hierauf hat Wolf, Typen, in seinem Vorwort hingewiesen; der Gedanke wurde bisher nicht aufgegriffen.
 - 2) So ausdrücklich Grünhut, Begriffsbildung, S. 20; Mezger-Blei, AT S. 105. Die vermittelnden Meinungen können dabei keine Dienste mehr erweisen, da sie gerade von der Unmöglichkeit einer begrifflichen Gegenüberstellung ausgehen.

nische Ausfüllung verweist (Norm im eigentlichen Sinn, weil das Bezugsgebiet umschrieben wird) oder die Inhaltsgebung aus dem Erfahrungswissen, den durchschnittlichen Maßstäben oder der vergleichenden Betrachtungsweise erfolgt (Norm in dem Sinn, daß hierbei die wertende Methode umschrieben wird).

Begreift man die normativen Merkmale als Strukturelemente eines Tatbestandes, diesen wiederum als Inbegriff aller Voraussetzungen, an die eine strafbare Handlung geknüpft ist ¹⁾, so sind die normativen Tatbestandsmerkmale sowohl im objektiven Tatbestand anzutreffen als auch innerhalb der Rechtswidrigkeit und der Schuld ²⁾.

B. Der Nutzen der Unterscheidung

Eine theoretische Begriffsklärung vermag nur zu überzeugen, wenn sie zu praktischen Konsequenzen führt. Die eigenartige Unvollständigkeit der normativen Tatbestandsmerkmale legt die Vermutung nahe, mit einer sie vervollständigenden Rechtsanwendung seien neue Einblicke in das Wesen richterlicher Subsumtion zu gewinnen ³⁾.

-
- 1) Dieser sog. Garantietatbestand (vgl. z.B. Schönke-Schröder, Vorbem. 41 Vor § 1) oder Handlungs-Tatbestand (vgl. dazu u.a. Mezger, NJW 1953, 2) steht im Gegensatz zum sog. Unrechtstatbestand i.S.v. § 59 StGB. Daneben werden weitere Tatbestandsbegriffe verwendet, auf die im Rahmen dieser Arbeit nicht einzugehen ist (vgl. z.B. Engisch, Mezger-Festschrift, S. 130 ff, der fünf verschiedene Tatbestände herausstellt).
 - 2) Eine Beschränkung der normativen Tatbestandsmerkmale auf die objektive Tatseite verbietet sich schon deswegen, weil Verweisungen auf Normbereiche als gesetzgeberisches Mittel anzusehen sind, die überall dort verwendet werden, wo die Voraussetzungen der Strafbarkeit einer Umschreibung bedürfen. Engisch, Mezger-Festschrift, S. 156, weist bei der Untersuchung des Verbrechenstatbestandes auf das Vorkommen normativen Merkmale ebenfalls in allen Verbrechenselementen hin.
 - 3) Die Praxis als Lehrmeisterin hat z.B. Mezger veranlaßt, die Lehre von der "Parallelwertung in der Laiensphäre" zu entwickeln (JW 1927, 2006 zu Nr. 19 anläßlich der Frage, in welchem Umfang der Angeklagte Vorstellung über die Falschaussage, betreffend seine Vermögenslage, haben muß).

Die Bedeutung der normativen Merkmale für die Irrtumsregelung, die Revision, die Auslegung eines Gesetzes und ihr gesetzgeberischer Einfluß auf das Postulat der Individualgerechtigkeit ist keineswegs bis in alle Tiefen hin ausgelotet ¹⁾. Die Fülle dieser Merkmale ²⁾ weist auf ein reichhaltiges Neuland hin, das im Rahmen dieser Darstellung aber nur begrenzt Interesse beanspruchen kann, und zwar nur insoweit, als durch die Ausfüllungsakte die funktionale Bedeutung in den Grenzbereichen sichtbar wird.

1. Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale

Vorsätzliches Handeln ist nur bei Kenntnis der einer strafbaren Handlung zugrundeliegenden Tatumstände (§ 59 StGB) zu bejahen. Soweit sich die gesetzlichen Tatumstände aus Merkmalen tatsächlicher Art zusammensetzen, bereitet ihre Kenntnisnahme keine Schwierigkeiten. Werden aber normative Merkmale verwendet, stellt sich die Frage, inwieweit der Täter den diese Merkmale ausfüllenden Wertungsakt nachvollzogen haben muß.

Das Reichsgericht war der Ansicht, die Tatbestandsmerkmale in tatsächliche und rechtliche Bestandteile zerlegen zu können. Nur die sinnlich wahrnehmbare Tatsache entspreche dem "Tat"-umstand in § 59 StGB. Fehlvorstellungen über den gesetzlichen Begriff im

-
- 1) Auf die reichhaltige Darstellung von Engisch, Mezger-Festschrift, kann nicht im einzelnen eingegangen werden. Seine Methode, an fünf verschiedenen Tatbestandsbegriffen fünf verschiedene Problemstellungen herauszuarbeiten, gibt ihm in Anbetracht der erzielten Ergebnisse Recht.
 - 2) Rein zahlenmäßig stehen sich fast die gleiche Anzahl von normativen und deskriptiven Tatbestandsmerkmalen im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches gegenüber: 789 normative, 843 deskriptive Merkmale (mehrfaches Vorliegen blieb bei der Zählung unberücksichtigt).

allgemeinen oder seine Anwendbarkeit im Einzelfall sei als strafrechtlicher Irrtum für die Schuldfrage ohne Bedeutung ¹⁾.

Die Trennung in strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Irrtum erwies sich als undurchführbar und ergab die widersprüchlichsten Entscheidungen ²⁾. Sie verkennt die Struktur der normativen Tatbestandsmerkmale, deren Wesen sich in der Regel nicht in einem Tat-sachengehalt, sondern erst in deren Bedeutungsinhalt erschließt ³⁾.

Mit der Herausstellung der Parallelwertung in der Laiensphäre des Täters durch Mezger ⁴⁾ verbindet sich auf das engste die Einsicht

-
- 1) Aus der reichhaltigen Judikatur vgl. statt vieler RGSt 40, 203 (205): Nur die Unkenntnis der "maßgebenden, sinnfälligen Eigenschaften der ... Urkunde ..." könne zu einem beachtlichen Irrtum führen. Eine ausführliche Darstellung der Rechtsprechung findet sich insbes. bei Mezger, Lehrbuch, 3. Aufl., S. 334 ff. sowie bei Maurach, AT S. 388 ff. Die Beschränkung des Tatumstandes in § 59 StGB auf tatsächliche Wahrnehmungen wurde aufrechterhalten bis BGHSt 1, 13 (betr. das Merkmal "zuständige Behörde" in § 156 StGB).
 - 2) Die Unterscheidung krankt vor allem an der Einseitigkeit der naturalistischen Seinsbetrachtung, die sich begrifflich nicht durchführen läßt und bei den unbestreitbar vorhandenen gesetzlichen Wertungsmerkmalen versagen muß. Ausführlich zur Kritik an der RG-Rechtsprechung mit weiteren Nachweisen insbes. Mezger, Lb, 3. Aufl., S. 334 ff.; Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff, S. 118 ff.; Maurach, AT S. 388 ff.
 - 3) Die Auslegung des Reichsgerichts, die Tatumstände i.S.d. § 59 StGB nur auf die tatsächlich wahrnehmbaren Bestandteile zu beziehen, enthält im übrigen die kaum einsichtige Konsequenz, den Bereich der Normhaftigkeit von vornherein der Irrtumsregelung zu entziehen.
 - 4) Zuerst in JW 1927, 2006; vgl. auch Traeger-Festschrift S. 41; Lehrbuch, 3. Aufl., S. 325-330; JZ 1951, 179. Vor Mezger hatte bereits Binding, Normen III, S. 148 auf die "Subsumtion nach Laienart" hingewiesen. Der BGH hat sich Mezgers Lehre angeschlossen, vgl. BGHSt 3, 248 (255).

in die Eigenarten der normativen Tatbestandsmerkmale. Ist der Vorsatz beim Täter erst dann zu bejahen, wenn er die juristische Wertung im Rahmen seiner persönlichen Gedankenwelt nachvollzogen hat ¹⁾, so wird dieser Gesichtspunkt bei der Erörterung des Bestimmtheitsgrundsatzes nicht ohne Folgen bleiben. Verweisen die normativen Merkmale auf Wertbereiche, die erst nach langwierigen Ermittlungen umgrenzt und ausgefüllt werden können, oder ist z.B. einem Begriff mit Hilfe einer "vorgegebenen und hinzunehmenden Ordnung der Werte" ²⁾ Inhalt zu geben, so drängt sich die Frage auf, ob der Bestimmtheitsgrundsatz Einschränkungen erleidet, falls Teilen der Bevölkerung ³⁾ diese vorgegebene Ordnung von vornherein uneinsichtig bleibt.

Der den normativen Merkmalen eigentümliche zweistufige Feststellungsakt verdeutlicht die möglichen Irrtumsfälle. Kann bei den deskriptiven Merkmalen lediglich die irrige Vorstellung über die tatsächlichen Voraussetzungen Beachtung finden, die fehlerhafte Unterordnung unter den Gesetzesbegriff als sogenannter Subsumtionsirrtum dagegen nicht, schiebt sich bei den normativen Merkmalen zwischen Tatsachenfeststellung und Subsumtion der Bedeutungsgesamt der Normen, über den der Täter vorsatzausschließend irren kann ⁴⁾. Die Unbeachtlichkeit des Subsumtionsirrtums in beiden Fällen ⁵⁾ enthebt jedoch nicht von der Schwierigkeit, die Bewertung der normativen Merkmale nach Laienart von dem in jedem Fall erforderlichen Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zu unterscheiden.

1) Mezger, Lb 3. Aufl., S. 110.

2) BGHSt 6, 46 (52).

3) Dieser Gedanke klingt bei Krüger, ZStW 55, 77 (86) an, indem er in einer individuellen Wertung bei Laiensphäre eine Gefahr für den Rechtsstaat sieht. Zu Unrecht wirft Krüger allerdings Mezger vor, dieser typisiere die Parallelwertung.

4) Auf diese zweifache Irrtumsmöglichkeit machen Schönke-Schröder, § 59 Rdnr. 34 aufmerksam.

5) Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 168, will bei normativen Merkmalen im Falle einer falschen Beurteilung immer einen beachtlichen Irrtum annehmen, nimmt also offenbar keine Trennung zwischen Subsumtion und Bedeutungserkenntnis vor. Dies erklärt sich aus der besonderen Beurteilung Kaufmanns, in den normativen Merkmalen den Ausdruck der Unrechtstypisierung schlechthin zu sehen (S. 169). - Daß das Problem des Subsumtionsirrtums kein spezifisches bei den normativen Merkmalen ist, wie Eichmann, Normative Tatbestandselemente, S. 13, 14 annahm, hat Engisch, Mezger-Festschrift, S. 159 ausgeführt.

Mezger hat auch hier den wichtigen Gesichtspunkt hervorgehoben. Die Bewertung eines einzelnen Merkmals betrifft den normativen Wertungsakt, die Bewertung der Gesamtheit der Tatumsstände das Verbotensein der Tat, d.h. die Rechtswidrigkeit ¹⁾. Auch den besonders von Welzel herausgearbeiteten (normativen) Rechtspflichtenmerkmalen kommt nicht das Unwerturteil über die Gesamtheit zu ²⁾. Die Konkretisierung eines normativen Tatbestandsmerkmals fällt mit einer Wertaussage zusammen. Andererseits ist nicht jede Wertaussage identisch mit dem Rechtswidrigkeitsurteil, was allein das Vorhandensein von Rechtfertigungsgründen beweist.

2. Die Revisibilität normativer Tatbestandsmerkmale

Die praktischen Konsequenzen, die aus der Herausarbeitung der normativen Merkmale fließen, werden in hohem Maße für die Frage der Revisibilität von Wertentscheidungen bedeutsam ³⁾. Ausgehend von § 337 Abs. 1 und 2 StPO, wonach eine Revision nur darauf gestützt werden kann, daß das Urteil auf einer Gesetzesverletzung beruht, schien anfangs das Ausmaß der Revision durch die Trennung von Tat- und Rechtsfrage bestimmt zu sein. Besonders bei den Merkmalen quantitativer Abschätzung traf das Reichsgericht häufig die Feststellung, die für die Entscheidung maßgebliche Einzelfallbeurteilung sei Tatfrage: So bei der Erörterung, ob es sich um eine "erhebliche" Entstellung handle ⁴⁾, ob ein Gegenstand einem "unbedeutendem Wert" oder einer "geringen Menge" entspreche ⁵⁾, ob ein Handeln "aus Not" gegeben ⁶⁾ oder ein "auffälliges Mißverhältnis" anzunehmen sei ⁷⁾.

1) Mezger, NJW 1953, 2 (5).

2) Ausführlich zu diesen Fragen Roxin, Offene Tatbestände, insbes. S. 75 ff.

3) Grünhut, Frank-Festgabe I, S. 22; Mezger, LK, Bem. 6 a.E. vor § 51.

4) RGSt 3, 391 (392).

5) RGSt 8, 406 (407).

6) RGSt 46, 408 (409).

7) RGSt 74, 345 (349).

Der pauschale Ausschluß solcher "Tatsachen" aus dem Bereich der Revisionskontrolle mußte auf wachsende Bedenken stoßen, als die Lehre von den normativen Merkmalen die Wertausfüllung auch bei den "tatrichterlichen Würdigungen" herausstellte. Kritik setzte namentlich an dem Punkt an, der schon bei der Klärung der normativen Merkmale zu keinem Fortschritt geführt hatte: Der praktisch undurchführbaren Trennung von tatsächlichen und wertenden Feststellungen ¹⁾. Da der Wortlaut des § 337 StPO gerade nicht das Kriterium der Tatsache fixiert ²⁾, leitete man aus dem Zweck der Revision die entscheidende Argumentation her.

Die letztinstanzliche Kontrolle war zur Wahrung der einheitlichen Grundsätze ausersehen, die es typischerweise bei der Gesetzesanwendung zu berücksichtigen galt ³⁾. Nicht die individuelle Fallbezogenheit, sondern die allgemeine Normbedeutung sollte einer obersten Nachprüfung unterzogen sein ⁴⁾. Von den Feststellungen aus, die Aufdeckung von Subsumtionsirrtümern gehöre zu den "eigentlichen Aufgaben des Revisionsgerichts" ⁵⁾, Inhalt und Umfang aller Wertbegriffe seien kontrollierbar hinsichtlich ihrer Bedeutungs-
erkenntnis ⁶⁾, jeder Auslegungsfehler einer Rechtsnorm könne re-
visibel sein ⁷⁾, war es nur zwangsläufig, alle normativen Tatbe-
standsmerkmale der Revisionsinstanz zu unterstellen ⁸⁾.

-
- 1) vgl. namentlich Drost, Ermessen, S. 68; Engisch, Logische Studien, S. 114; Peters, Strafprozeß, S. 562.
 - 2) Eine entsprechende Anwendung des § 561 Abs. 2 ZPO wird durchweg abgelehnt, vgl. Schuppenies, Revisibilität, S. 21.
 - 3) Die weitergehende Einschränkung von Schwinge, Grundlagen, S. 53, die Revision nur noch bei rechtsgrundsätzlichen Fragen zuzulassen, stößt auf berechtigte Kritik, vgl. Mannheim, Beiträge zur Revision, S. 56 ff.; Peters, Strafprozeß, S. 565.
 - 4) Engisch, Logische Studien, S. 117; Peters, Strafprozeß, S. 562.
 - 5) Sarstedt, Revision, S. 213.
 - 6) Drost, Ermessen, S. 71, 72.
 - 7) Peters, Strafprozeß, S. 565.
 - 8) Schuppenies, Revisibilität, S. 29.

Sieht man als ein wesentliches Merkmal der normativen Elemente deren Ausfüllung mittels weiterer Wertbereiche an, so ergibt sich diese Folgerung bereits aus dem Gesetz. Denn gemäß § 337 Abs. 2 StPO begründet die nicht richtige Anwendung einer Rechts-"norm" die Revision, dazu gehört notwendigerweise auch die Begriffsausfüllung eines Strafgesetzes, soweit sie nicht dem bloßen Sachverhaltsammeln gleichkommt.

Für die normativen Merkmale ist damit die Frage aufgeworfen, ob die Revisionskontrolle umso engmaschiger wird, je unbestimmter der wertausfüllungsbedürftige Begriff wird.

Eine Antwort wäre leicht zu finden, wenn die normativen Merkmale zu Ermessensentscheidungen berechtigten. In dem Maße, in dem sich die persönliche Entscheidung des Richters vergrößerte, wäre eine Kontrolle eingeengt und könnte sich nur noch auf die Nachprüfbarkeit von willkürlichen und justizfremden Erwägungen beschränken ¹⁾.

Inwieweit dem Richter bei der Rechtsfindung Ermessen einzuräumen ist, muß nach übergeordneten, mithin später zu erörternden Gesichtspunkten entschieden werden, nämlich nach der Stellung des Strafrichters, dem Problem der Rechtsquellen und letztlich nach der Garantiefunktion des Tatbestandes. Die Existenz normativer Merkmale allein begründet jedenfalls kein Ermessen ²⁾.

Hinzu tritt ein weiterer Gesichtspunkt. Mit einer Einschränkung der Revisionsmöglichkeit bei unbestimmteren Begriffen verdoppelt sich der Unsicherheitsfaktor. Zum einen liegt die Ungewißheit in dem mehr oder minder freien richterlichen Ermessen, zum anderen herrscht Unkenntnis darüber, wann einem Begriff die gesteigerte Eigenschaft "unbestimmter" zukomme, damit der Richter über ihn nach Ermessen befinden könne.

1) vgl. Schwarz-Kleinknecht, § 337 Anm. 1 B.

2) vgl. Engisch, Einführung, S. 116.

Die Einsicht in die Struktur der normativen Merkmale vermag daher weniger zur Klärung der Ermessensfrage beizutragen, als vielmehr zur Verdeutlichung der Trennung des Sachverhalts von der ihr folgenden Bewertung. In diesem Rahmen gewinnt die Revisionskontrolle ihre Bedeutung, da sie sich auf den weiteren Wertungsakt, die Bedeutungerschließung eines Begriffes erstreckt. Dem Gesetzesanwendenden wird dadurch die formelhafte Wendung erschwert, die Entscheidung hänge von der tatrichterlichen Würdigung ab. Die drohende Überprüfung wird ihm ein Eingehen auf den jedem normativen Merkmal eigenen Normenbezug abverlangen. In der Bewältigung dieser Aufgabe kommt die Funktion der Revision als einer die Rechtseinheit wahren Kontrolle zum Tragen.

Unterliegen mithin grundsätzlich alle normativen Tatbestandsmerkmale revisionsrichterlicher Nachprüfung, folgt daraus eine erhöhte Wachsamkeit bei der Auslegung. Demgemäß sieht Grünhut ¹⁾ den heuristischen Wert der normativen Merkmale in der dem Richter zum Bewußtsein kommenden Wertentscheidung. Mezger ²⁾ weist auf den notwendigen "Mut zum Werten" hin, und nach Baumann ³⁾ geben die normativen Merkmale Aufschluß über die gesetzliche Aufforderung, den Auslegenden in die Wertungsvorgänge einzubeziehen.

Eine solche Warnfunktion darf indessen nicht allzu hoch veranschlagt werden. Die Güte einer gesetzestreuen Auslegung hängt entscheidend von den Qualitäten des Gesetzesanwendenden ab, und der Schwierigkeitsgrad, vor dem zu warnen wäre, ist nicht schon durch die Existenz eines normativen Merkmals begründet ⁴⁾.

1) Grünhut, Frank-Festgabe I, S. 22.

2) Mezger, 30. Aufl., S. 191.

3) Baumann, AT S. 113. Diese weitgehende Folgerung leitet sich aus Baumanns Auffassung ab, der Gesetzesanwendende vervollständige die normativen Merkmale durch seine Wertung.

4) Die Notwendigkeit der Auslegung auch der deskriptiven Merkmale in gleichem Maß wie bei den normativen hebt bes. Maurach, AT S. 208, hervor.

3. Individualität und Normativität

Aus der Sicht des Gesetzgebers erscheinen die normativen Merkmale als vorzügliches Mittel zur Ermöglichung individueller Entscheidungen ¹⁾. Das Gesetz als abstrakte Regel erfaßt umsomehr Lebenssachverhalte, je unbestimmter seine Grenzen und Inhalte sind. Dadurch wird dem Richter zusätzlich auswählende Tätigkeit abverlangt. Die normativen Merkmale erscheinen geradezu darauf angelegt, von Fall zu Fall ausgefüllt zu werden und so der Einzelgerechtigkeit zu dienen.

Hand in Hand mit der gesetzgeberischen Ausdehnung wachsen aber auch die Gefahren für den Gesetzesunterworfenen. Die individuelle Berücksichtigung kraft genereller Ermächtigung kann in ihrer quantitativen Steigerung Bereiche erfassen, die sich der Strafwürdigkeit entziehen. Hier gilt es, den Sitz der Tatbestandsgarantie aufzuspüren. Erhebliche Schwierigkeiten bereitet dabei die Feststellung der Normenkreise. Anpassungen an soziale Erscheinungen ²⁾ und die Änderungen von sittlichen und standesgemäßen Lebensweisen verdienen gleichermaßen Beachtung wie die konkrete Ausfüllung anhand dieser Maßstäbe.

Bei der Verwendung normativer Merkmale zugunsten einer Individualisierung der Strafe liegen die Gefahren wie die Vorteile dicht nebeneinander ³⁾. Hier brauchbare Richtlinien zu finden, stellt das eigentliche Problem der normativen Merkmale dar. Es ist nur mit dem Inhalt des Bestimmtheitsgrundsatzes "nullum crimen sine lege" zu lösen.

-
- 1) Ausführl. dazu Henkel, Recht und Individualität, insbes. S. 26. Lenckner, JuS 1968, 249 (255) erklärt das Vordringen der normativen Merkmale mit "der fortschreitenden, die Gegebenheiten des Einzelfalls berücksichtigenden Verfeinerung und der Vervollkommnung des Rechts ...".
 - 2) vgl. hierzu die EntschlieÙung des 4. Int. Strafrechtskongreß (Revue 1937, 750 ff., zitiert bei Schönke-Schröder, Vorbem. zu § 1 Rdnr. 43).
 - 3) Lange, Referat zum 39. DJT Teil C, 10 ff. und Schröder, Gutachten zum 41. DJT Bd. I S. 65, räumen dem Individualisierungsgedanken im Strafrecht gleiche Wichtigkeit ein neben dem Erfordernis des eindeutigen Tatbestandes. Baumann, Ringvorlesung, S. 120, sieht in der höchsten Individualgerechtigkeit das höchste Unrecht, weil gegen die Garantiefunktion des Tatbestandes verstoßen sei.

IV. Differenzierungen innerhalb der normativen Tatbestandsmerkmale

A. Die Abgrenzung zu anderen Einteilungsbegriffen

Weitere Einblicke in das Wesen normativer Tatbestandsmerkmale sind dann zu gewinnen, wenn strukturelle Gemeinsamkeiten zu Gruppeneinteilungen berechtigen. Erfasst das Begriffspaar deskriptiv-normativ bereits bestehende Klassifizierungen nicht, erweitert sich damit der Themenkreis. Soweit methodische Verschiedenheiten sachliche Folgerungen zulassen, sind sie auf die möglichen Schwierigkeiten in der richterlichen Anwendung zu durchleuchten.

1. Unbestimmte Begriffe

Aus dem Umstand, daß Art. 103 Abs. 2 GG dem Erfordernis der Bestimmtheit Verfassungsrang verleiht, ist bei sprachlicher Konsequenz die Verwendung unbestimmter Tatbestandsmerkmale als verfassungswidrig zu bezeichnen. Gleichwohl wird dieser Begriff gelegentlich aufgenommen, wobei offensichtlich die ursprüngliche Verbindung zum Verwaltungsrecht hergestellt werden soll ¹⁾.

Engisch ²⁾ charakterisiert den unbestimmten Begriff als einen, dessen "Inhalt und Umfang weitgehend ungewiß ist". Er trifft die Entscheidung über die Zweifelhaftheit eines Begriffs danach, ob sie sich im Begriffskern oder Begriffshof einstellt ³⁾. Schröder sieht als unbestimmte Rechtsbegriffe u.a. den Vorsatz, die Fahrlässigkeit und die Beleidigung an. Teilweise würden diese Begriffe

1) Da im Verwaltungsrecht dem Ermessen ein breiter Raum eingeräumt wird, kommt dort dem unbestimmten Rechtsbegriff eine ungleich wichtigere Rolle zu, auf die in diesem Rahmen nicht einzugehen ist; vgl. statt vieler Ehmke, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht; Ule, Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 309; Werner, Zum Verhältnis von gesetzlichen Generalklauseln und Richterrecht.

2) Engisch, Einführung, S. 108.

3) Engisch stützt sich dabei auf Heck, Gesetzesauslegung, S. 173, und Begriffsbildung, S. 52 (60), ohne auf die von diesem lediglich am Zivilrecht entwickelte Trennung einzugehen.

durch individuell-richterliche Wertung ausgelegt, was einer Ermessenstätigkeit sehr nahekomme.

Solange der unbestimmte Rechtsbegriff gegenüber dem Verwaltungs- und Zivilrecht nicht abgegrenzt wird, kann er im Strafrecht keinen Nutzen entfalten. Eine Gleichstellung aber wird zu Recht nirgends ernsthaft unternommen ¹⁾.

Im Verhältnis zu den normativen Begriffen müßte den unbestimmten sowieso eine untergeordnete Rolle zukommen. Es existieren bestimmte wie weniger bestimmte normative Merkmale, und umgekehrt sind unbestimmte Begriffe nicht notwendigerweise normative. Darüber hinaus vermag eine Begriffseinteilung nach Bestimmtheitsgraden nur beschränkte Dienste zu erweisen. Sie teilt lediglich ein Ergebnis mit, vermittelt aber keine aufweisbaren Strukturen.

2. Ermessensbegriffe

Die Bindung des Strafrichters an den Katalog ausschließlich aufgeführter Strafrechtsnormen schließt von vornherein die Ausübung eines Ermessens in dem Sinne aus, daß ihm eine Entscheidung über die zu regelnde Materie zugebilligt werden könnte. Der schillernde Sinn, der dem Begriff einer subjektiven Wertung des Strafrichters anhaftet, mag dazu geführt haben, bei den unbestimmten Merkmalen

1) Bedenklich muß es stimmen, wenn Seel, in seiner ebenfalls dem Bestimmtheitsgrundsatz gewidmeten Arbeit im Titel ("Unbestimmte und normative Tatbestandsmerkmale ...") diese Merkmale nebeneinanderstellt und im Text (S. 6) die von Heck vorgenommene Trennung aus dem Zivilrecht nach "Begriffshof" und "Begriffskern" übernimmt. Die kritiklose Übernahme von Begriffen aus anderen Rechtsgebieten schlägt sich in entsprechend verwirrenden Ergebnissen nieder (S. 7): Nach Seel gibt es Handlungen, die ohne weiteres verwerflich i.S.v. § 240 Abs. 2 StGB sind, weil sie nur unter den Begriffskern verwerflich zu subsumieren seien, während bei Ungewißheit über die Unterordnung von Handlungen der Begriffshof liege. Die Unterscheidung von Subsumtionsschwierigkeiten aufgrund des Lebenssachverhaltes oder aufgrund des gesetzlichen Begriffes wird damit aufgegeben.

von Ermessensbegriffen auf der Ebene des Tatbestandes zu sprechen ¹⁾. Überwiegend wird dabei auf die Abgrenzung zum verwaltungsrechtlichen Ermessen hingewiesen, nämlich daß nur eine Entscheidung richtig sein kann ²⁾.

Auf der Suche nach Ermessensbegriffen im Strafrecht stellt sich Ratlosigkeit ein. Engisch ³⁾ legt sich nur in negativer Hinsicht fest, indem er meint, die normativen und unbestimmten deskriptiven Merkmale seien keine Ermessensbegriffe, ihr Vorkommen sei gering und nur von Fall zu Fall feststellbar. Schröder ⁴⁾ nennt als Beispiel die Zumutbarkeit in § 330 c StGB und betont die engen Grenzen der Ermessensausübung.

Mit der Entkleidung des Sinnes, den die Ermessensbegriffe im Verwaltungsrecht gewonnen haben, schwindet die Brauchbarkeit für die strafrechtliche Terminologie. Es bleibt ungeklärt, in welchem Umfang überhaupt strafrechtliches Ermessen einzuräumen ist und wie der Gesetzesanwendende eine solche Delegation feststellen kann.

Ermessensbegriffe treten in keinem Fall als dritte Kategorie neben die deskriptiven und normativen Merkmale. Bevor eine Antwort auf die Frage der Zulässigkeit der Ermessensausübung gegeben werden kann, steht bereits das Urteil über die Struktur der betreffenden Merkmale als deskriptiv oder normativ fest. Dieses Begriffspaar bildet damit den vorzugswürdigeren Oberbegriff.

-
- 1) Engisch, Einführung, S. 108 und Schröder, Gutachten zum 41. DJT Bd. I, S. 62, kommen zwangsläufig dazu, nach der Erwähnung der unbestimmten Begriffe ~~und~~ die Ermessensbegriffe zu behandeln. Vgl. auch Noll, JZ 1963, 298; H. Mayer, Gutachten, S. 264, 272, und Grünhut, Begriffsbildung, S. 7, Mezger, Traeger-Festschrift, S. 229, die Ermessensbegriffe im Tatbestand bejahen.
 - 2) Engisch, Einführung, S. 124; Schröder, a.a.O. S. 63.
 - 3) Engisch, Einführung, S. 118.
 - 4) Schröder, a.a.O. S. 73.

3. Mehrdimensionale Begriffe

Große Ähnlichkeit mit den normativen Merkmalen weisen die von Kunert herausgearbeiteten mehrdimensionalen Begriffe auf. Im Gegensatz zu den unbestimmten Begriffen und Ermessensbegriffen zeitigen sie wichtigere Ergebnisse, weil sie, methodisch tiefer dringend, bei der Entstehung der Normenbildung angesiedelt sind.

Nach Kunert ¹⁾ hat die von Rechtssätzen intendierte Welt zwei Dimensionen. Die natürliche Dimension umfasse alle "Gegenstände, die der rein naturhaften Seinsschicht angehören" ²⁾, z.B. "Mann" (§ 175 StGB), "Kind" (§§ 169, 170 d StGB), "Gewalt" (§ 240 StGB). Diese eindimensionalen Begriffe fielen nicht mit den deskriptiven zusammen, da diese nach der Erkenntnismethode des Richters klassifiziert werden, jene nach der Seinsstruktur.

Die überwiegenden Tatbestandsmerkmale gehörten der zweidimensionalen Welt an, weil sie den menschlich-sozialen, kulturellen und geistigen Polen zugeordnet sein ³⁾. Das gemeinsame Band dieser Merkmale seien die "Haltungen des Geistes", die in irrational-emotionaler und rationaler Weise der sozialen Welt ihr Gepräge gäben ⁴⁾.

Der beachtenswerte Ausgangspunkt Kunerts liegt in seiner letztlich philosophisch orientierten Trennung der Tatbestandsmerkmale. Seine Unterscheidungen nach einer "rein naturhaften Seinsschicht" werden streng durchgeführt ⁵⁾: Die sogenannten Artefakta wie "Gebäude" und

1) Kunert, Normative Merkmale, S. 87.

2) Kunert, a.a.O. S. 89, 90.

3) Kunert, Normative Merkmale, S. 87.

4) Kunert, a.a.O. S. 88. Kunert erweitert den Gedanken von Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie, S. 55, 56 von der emotionalen "Haltung" des Menschen auf alle menschlichen Haltungen. Er sieht sich dabei durch Hegels Ausführungen in dessen Enzyklopädie, 5. Aufl. § 484 bestätigt.

5) Kunert, a.a.O. S. 89, 90.

"Kraftfahrzeug" zählen ebenso zur zweidimensionalen Welt ¹⁾ wie die Begriffe "Sache" und "Mensch" ²⁾. Gerade die vermeintlich konsequente Eingruppierung der beiden letzten Beispiele wirft die Frage auf, welche Folgerungen an sie zu knüpfen sind. Da das Einteilungsschema auf methodisch nicht-juristischen Grundlagen beruht, müßten insbesondere für den Vorsatz, die Revision und die richterliche Subsumtion strafrechtliche Konsequenzen aufzuzeigen sein.

Aus der Gegenüberstellung der logisch verschiedenen Dimensionen zieht Kunert im wesentlichen keine abweichenden Schlüsse. Für die mehrdimensionalen Merkmale, die größtenteils mit den normativen zusammenfallen, will er beim Vorsatz mit der h.M. die von Mezger entwickelte "Parallelbeurteilung im Täterbewußtsein" anwenden ³⁾. Die richterlicher Anwendung von echten Wertmerkmalen führt bei Kunert gleichfalls nicht zu einer erweiterten oder eingeschränkten Haltung im Rahmen der Revision ⁴⁾.

Da Kunert ⁵⁾ die zweidimensionalen Tatbestandsmerkmale in echte Wertmerkmale und Sinnmerkmale einteilt, wären für die Frage der Subsumtion und Erkenntnisweise am ehesten Nutzenwendungen zu erwarten. Die diese Merkmale bedingenden emotional-irrationalen oder rationalen Haltungen des objektiven Geistes ⁶⁾ eröffnen im Einzelfall jedoch keine neuen, sondern nur gewohnte Ausblicke: Die echten Wertmerkmale ("unzüchtig", "schamverletzend", "verwerflich") hat der Richter abzulesen aus den Werthaltungen der Gemeinschaft ⁷⁾, die ähnlichen Abschätzungsmerkmale ("geringe Menge", unbedeutender

1) Kunert, a.a.O. S. 92.

2) Kunert, a.a.O. S. 90. Die Zuordnung dieser Merkmale überzeugt nicht, weil in beiden Fällen anhand von Gegenbeispielen, die nicht unter die Merkmale zu subsumieren sind, nachgewiesen werden soll, daß die menschliche Einschätzung, die "Haltung", den Begriff von anderen unterscheide. Eine solche durch menschliche Urteile bedingte Zuordnung eignet jedem gedachten Begriff.

3) Kunert, Normative Merkmale, S. 108. Er wendet sich gegen den Ausdruck der Parallelwertung, da es nach ihm für den Tätervorsatz nur auf die Wertfeststellung, nicht auf die eigene Wertstellung ankomme, S. 102, 103.

4) Kunert, a.a.O. S. 101.

5)

6) Kunert, a.a.O. S. 92, 93.

7) Kunert, a.a.O. S. 99.

Wert") hat er anhand der Verkehrsanschauung festzustellen ¹⁾. Die Sinnmerkmale ("verfassungsmäßige Ordnung", "Beamter", "fremde Sache" ²⁾) erschließen sich dem Richter auf rein erkenntnistheoretischem Weg ³⁾.

Die verhältnismäßig geringe Praktikabilität der von Kunert breit angelegten Konstruktion des Dimensionenschemas deckt die Schwäche auf, die in der Kluft zwischen philosophischen Begriffen und ihrer juristischen Anwendbarkeit liegt. Eine im wesentlichen auf Hegels Gedankengängen beruhende Durchsicht des Tatbestandsmaterials mit dem Ergebnis von verschiedenen "Haltungen des objektiven Geistes" erhellt zwar einige theoretische Zusammenhänge. Die für einen juristischen Begriff erforderliche pragmatische Sichtung steht damit aber noch aus.

Die Vorverlegung juristischer Begriffskategorien in philosophische Bereiche, die bei Kunert so weit führt, alle Tatbestandsmerkmale als deskriptiv zu bezeichnen, gibt zur Erweiterung der Einteilung normativ-deskriptiv keinen Anlaß. Soweit das Sachverhaltsmaterial juristisch relevanter Untersuchung zugänglich wird, fördert die Trennung in eine oder zwei Dimensionen keine strukturellen Aufschlüsse zutage, die nicht auch durch die Zergliederung in normative und deskriptive Bestandteile erfaßt werden.

4. Komplexbegriffe

Mit der Zusammenlegung rechtlicher und tatsächlicher Elemente zu einem Komplexbegriff wurde namentlich von Frank ⁴⁾, Merkel ⁵⁾, von Hippel ⁶⁾ und von v. Weber ⁷⁾ der Versuch unternommen, einen Rechtsbegriff von den die einen Begriff nur begründenden Merk-

1) }
2) Kunert, a.a.O. S. 104, 105.
3) Kunert, Normative Merkmale, S. 105.
4) Frank, Komm., § 59, Anm. II.
5) Merkel, JW 1925, 893 (897).
6) von Hippel, Strafrecht II, S. 332.
7) von Weber, GA 1953, 161 (162).

malen zu trennen. Wenn ein Begriff aus tatsächlichen und rechtlichen Momenten zusammengesetzt sei, komme es für den Vorsatz nur darauf an, die den Begriff konstituierenden Merkmale zu erfassen, nicht auf die "richtige" Sinngebung des Rechtsbegriffs ¹⁾. Im Unterschied zu den normativen Tatbestandsmerkmalen setze sich der Komplexbegriff aus bestimmten Sachverhalten zusammen, die im Einzelfall nur festgestellt zu werden brauchten und keiner Bewertung bedürften. Beiden Begriffen sei gemeinsam, daß sie im Ergebnis einen Sachverhalt bewerteten ²⁾.

Nicht nur das Vordringen der schärfer durchdachten und vor allem sämtliche Fälle der Laienwertung umfassende Lehre von der Parallelwertung in der Laiensphäre hat die These der Kenntnis über die den Rechtsbegriff konstituierenden Merkmale verdrängt. Namentlich die dem Komplexbegriff zugrundeliegenden Erkenntniskriterien führten zu keiner sicheren Abgrenzung ³⁾. Es ist in der Tat nicht ersichtlich, mit welcher Berechtigung die genannten Beispiele "Ehe", "Urkunde", "Beamter" oder "Zuständigkeit" einer Behörde nur aus Sachverhalten zusammengesetzt, die "eigentlichen Rechtsbegriff" ⁴⁾ dagegen erst durch Bewertungen einsehbar sein sollen. Mit dem Wissen um die tatsächlichen Elemente des Papiers und der Tinte ist z.B. der Komplexbegriff der Urkunde keineswegs ausgefüllt ⁵⁾, mit der Wahrnehmung des Jaworts vor einem Standesbeamten nicht der Begriff der Ehe. Die Lehre von den Komplexbegriffen läßt eine Erklärung oder gar einen systematischen Hinweis darauf vermissen, wann im Einzelfall ein rechtliches oder ein tatsächliches Moment tatbestandskonstitutiv wirkt.

1) von Hippel, VDAT III, S. 562.

2) von Weber, GA 1953, 161 (162).

3) Dies gesteht auch von Weber, als Anhänger der Lehre vom Komplexbegriff ein, GA 1953, 161 (162).

4) von Hippel, VDAT III, S. 562 und Fußn. 1.

5) Welzel hat auf diese verfehlte naturalistische Seinsbetrachtung bei den normativen Tatbestandsmerkmalen bereits hingewiesen, JZ 1953, 119 (120).

Der Fortschritt, der in der realisierbaren Trennung von deskriptiven und normativen Merkmalen liegt, geht bei der Gegenüberstellung von reinen Rechts- und Komplexbegriffen teilweise verloren. Die Ungewißheit, in welchem Umfang ein Begriff auf die tatsächlichen oder rechtlichen Bestandteile zurückzuführen ist, führt im Ergebnis zur Untauglichkeit des Komplexbegriffs. In der Erörterung des Bestimmtheitsgrundsatzes bildet er keine tragfähige Kategorie.

5. Generalklauseln

Vom gesetzgeberischen Standpunkt empfiehlt es sich zuweilen, die starre kasuistische Tatbestandsbildung aufzugeben und statt dessen mit Hilfe von Generalklauseln den strafwürdigen Bereich abzustecken. Prinzipiell herrscht Einigkeit darüber, daß eine Generalklausel durch die Allgemeinheit der gesetzlichen Formulierung gekennzeichnet ist und eine nicht sofort überschaubare Mehrheit von Fällen erfaßt ¹⁾. Über das lokale Vorkommen der Klauseln (z.B. "gute Sitten" in § 226 a StGB, "sittliches Wohl" in § 170 d StGB, "Zumutbarkeit" in § 330 c StGB, "verwerflich" in §§ 240 Abs. 2, 253 Abs.2 StGB, "grober Unfug" in § 360 Nr. 11 StGB ²⁾) besteht auch weniger Streit, als vielmehr um deren Funktion.

Nach Hedemann ³⁾ erscheinen die Generalklauseln "geradezu als ein Stück offengelassener Gesetzgebung" mit dem Ziel, sämtliche Kulturwerte in das Rechtsleben einzuführen. Class ⁴⁾ schreibt ihnen die Zwangswirkung zu, richterliche Quelle der Rechtsfindung zu sein. Von Ritter ⁵⁾ werden die Generalklauseln als Einbruchsstellen eines überpositiven Gerechtigkeitstrebens nach dem wahren Recht angesehen,

-
- 1) Vgl. die eingehenden Darstellungen von Class, Generalklauseln, und Hedemann, Generalklauseln; außerdem: Engisch, Einführung, S. 118 ff.; Henkel, Recht und Individualität, S. 30 ff.; Werner, Gesetzliche Generalklauseln; Woesner, NJW 1963, 273.
 - 2) Ausführliche Aufzählungen der Generalklauseln finden sich bei Class, a.a.O. S. 125 und Woesner, a.a.O. S. 275.
 - 3) Hedemann, Generalklauseln, S. 58.
 - 4) Class, Generalklauseln, S. 124.
 - 5) Ritter, Staatsverbrechen, S. 118, 119.

was eigentlich einer Kapitulation in einem liberalen, neutralen Rechtsgefüge gleichkomme. Die den Generalklauseln wesentliche Eigenschaft der Offenheit im Sinne einer regulativen Funktion hebt Henkel ¹⁾ hervor. Die Forderung nach Individualisierung im Recht korrespondiere bei ihnen mit einer Aktualisierung sozial-ethischer Maximen ²⁾. Werner ³⁾ mißt den Generalklauseln mögliche legislatorische Aufgaben zu, weil mit ihnen dem Richter in letzter Instanz der Interessensausgleich anvertraut werde.

Mit der Fülle dieser angesprochenen Probleme tritt sogleich die notwendig enge Beziehung zu Art. 103 Abs. 2 GG in den Vordergrund. Vor allem hat sich der Gesetzgeber der Frage zu stellen, ob er seine legislatorischen Befugnisse noch wahrt, wenn die Generalklauseln die Zweifel erhöhen und die Förderung der Rechtssicherheit durch eine kasuistische Regelung möglich wäre.

Generalklauseln sind ausnahmslos aus normativen Tatbestandselementen aufgebaut ⁴⁾. Ihre Eigenart schält sich als gesetzestechnisches Mittel heraus, durch Anhäufung von normativen Elementen eine Ausbreitung wertbezogener Fallgruppen zu erreichen ⁵⁾. Ihre Herausstellung ist insofern berechtigt, als damit der Blick für eine umfassendere und daher problematischere Geltung der normativen Tatbestandsmerkmale geschärft wird.

1) Henkel, Individualität, S. 135.

2) Henkel, a.a.O. S. 36.

3) Werner, Gesetzliche Generalklauseln, S. 20, 23.

4) Engisch, Einführung, S. 121 meint, anhand eines Beispiels eine auch denkbare deskriptive Generalklausel bilden zu können: "Wer einen Menschen vorsätzlich in Lebensgefahr bringt ...", setzt sich mit der Klassifizierung des Gefahrbegriffs aber in Widerspruch zur h.M., die die Elemente kognitiver Beurteilung zu den normativen Begriffen rechnet.

5) Wenn Engisch, Einführung, S. 122, die rein gesetzgebungstechnische Bedeutung der Generalklausel betont und eine methodische Eigentümlichkeit verneint, so ist zu fragen, ob nicht gerade in dieser spezifischen Weise, Gesetzesgrenzen zu öffnen, eine Methode zu sehen ist.

6. Offene Tatbestände

Eine Differenzierung nicht mehr nach einzelnen Strukturelementen, sondern nach Teilen des Tatbestandes nimmt Welzel ¹⁾ vor, indem er den geschlossenen Tatbeständen die "offenen" oder "ergänzungsbedürftigen" gegenüberstellt. In den Fällen, in denen im Tatbestand die Verbotsmaterie nicht erschöpfend durch sachlich-gegenständliche Merkmale umschrieben sei, fehle die Indizierung der Rechtswidrigkeit ²⁾. Der Richter habe im Wege einer Tatbestandsergänzung ³⁾ die Feststellung der Rechtswidrigkeit anhand des dem Gesetz zu entnehmenden Leitbildes vorzunehmen ⁴⁾.

Bis auf die allgemeine Rechtswidrigkeitsregel ⁵⁾ der Verwerflichkeit gehören alle Rechtswidrigkeitsmerkmale Welzels zu den normativen rechtlicher Art (z.B. "Rechtmäßigkeit der Amtsausübung", "Zuständigkeit" ⁶⁾, "Befugnis" ⁷⁾). Obwohl die in den Rechtsgebieten zu vervollständigenden Merkmale überwiegend als bestimmt genug angesehen werden, will Welzel bei den offenen Tatbeständen eine "starke Einschränkung" des Bestimmtheitsgrundsatzes berücksichtigen wissen, weil der Richter eine Tatbestandsergänzung vornehme ⁸⁾.

Für eine solche Einschränkung fehlt es schon an einer nachweisbaren Berechtigung. Die Einbeziehung offener Tatbestände in den Themenkreis gestaltet sich umso schwieriger, als Roxin ⁹⁾ über-

1) Eine ausführliche Darstellung und Kritik der Lehre Welzels findet sich bei Roxin, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale.

2) Welzel, Lb S. 51.

3) Welzel, Lb S. 46, 51, 79.

4) Welzel, Lb S. 79.

5) vgl. hierzu Welzel, JZ 1952, 340 (343)

6) Neuerdings sieht Welzel in dem Merkmal der Zuständigkeit ein Blankettbegriff, Lb S. 79.

7) vgl. die vollständige Aufzählung bei Roxin, Offene Tatbestände, S. 3 ff.

8) Welzel, Lb S. 22.

9) Roxin, Offene Tatbestände, insbesondere S. 57.

zeugend nachgewiesen hat, daß ihre Vervollständigung gar keine spezifische Eigenart im Verhältnis zu den "geschlossenen" Tatbeständen bedeutet.

Eine gleichwohl aufrechterhaltene Trennung von geschlossenen und offenen Tatbeständen vermag - wenn überhaupt - für das Verständnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit bedeutsam zu sein. Gegenüber den normativen Merkmalen kommt den offenen Tatbeständen Welzels keine Sonderbedeutung zu.

Im Vergleich zu den anderen Einteilungsversuchen, einen "Allgemeinen Teil" aus den verschiedenen Tatbestandsteilen zusammenzusetzen, nimmt das Begriffspaar deskriptiv-normativ eine vorzugswürdige Stellung ein. Die behandelten Einteilungen unterliegen entweder nicht zu behebenden Abgrenzungsschwierigkeiten (so bei den unbestimmten - bestimmten Begriffen, den Komplexbegriffen - Rechtsbegriffen, den Ermessensbegriffen - bindenden Begriffen), oder die Gegensätzlichkeiten sind formaler, nicht struktureller Natur (dies gilt für die Generalklauseln und offenen Tatbestände), oder die Gruppierungen sind einfach unpraktikabel (vgl. die mehrdimensionalen Begriffe und Komplexbegriffe).

B. Bisherige Einteilungen innerhalb der normativen Tatbestandsmerkmale

Sind die normativen Merkmale gekennzeichnet durch die Beziehung zu anderen Normen- oder Wertbereichen, so liegt eine Herausstellung dieser Bereiche nahe. Von ihren aufweisbaren Grenzen und der Prägnanz des Normeninhalts hängt die Bestimmbarkeit der normativen Merkmale entscheidend ab ¹⁾. Zutreffend hat H.Mayer ²⁾ darauf hingewiesen, daß sich die normativen Merkmale einer Definition entziehen und ihr Umfang immer nur durch Zuordnungen ermittelt werden kann.

1) so schon Foltin, Gutachten zum 5.DJT, S. 58.

2) H. Mayer, AT 1967, S. 82.

Im umgekehrten Verhältnis dazu stehen die bisher spärlichen Einteilungen. Im wesentlichen lassen sich nur zwei herausfinden: Die Gruppenzugehörigkeit zu rechtlichen oder kulturellen Bereichen und die von Mezger herausgearbeiteten fünf Normenkreise.

Grünhut ¹⁾ unterscheidet die normativen Begriffe spezifisch juristischer Art von den allgemein normativen. Im gleichen Sinn trennen Wolter ²⁾ normative Gebilde ohne Wertmoment von solchen mit Wertungen kultureller Art sowie Arthur Kaufmann ³⁾ Rechtsbegriffe im eigentlichen Sinn von den Elementen mit kultureller Bewertung.

Eine offensichtlich willkürliche Gruppeneinteilung nimmt Kreutzer ⁴⁾ vor, indem er die Merkmale, die "auch dem Nichtjuristen geläufig" sind (Fremdheit, Ehe) von denjenigen absondert, die dem Nichtjuristen "regelmäßig nicht geläufig" sind (Urkunde, Beamter). Ersteren soll die Möglichkeit fehlen, mittels anderer, inhaltlich differenzierender Begriffe positiv umschrieben werden zu können, letzteren komme diese Fähigkeit zu.

Die Gründe für diese Behauptung bleiben unerfindlich. Ein Blick in jeden ausführlichen Kommentar belehrt über die gleichermaßen mögliche Umschreibbarkeit der Fremdheit einer Sache wie die einer Urkunde. Keinerlei Erklärung liefert Kreutzer dafür, warum dem Laien die Begriffe der Fremdheit und Ehe geläufig sind, der Urkunden- und Beamtenbegriff dagegen nicht; sie wäre schlechterdings gekünstelt. Die Regelmäßigkeit, mit der dem Laien Begriffe "geläufig" sein sollen, verbreitet außerdem weitere Unsicherheit, so daß insgesamt Kreutzers Einteilung keine nützlichen Dienst leistet.

Die Einfachheit der von Grünhut, Wolter und Arthur Kaufmann vorgenommene Einteilung in rechtliche und kultureller Begriffe enthält zugleich ihre Schwäche. Die Zusammenfassung verschiedenster Werte

-
- 1) Grünhut, Begriffsbildung, S. 7.
2) Wolter, MonKrPsych XXI, 455 (457, 467).
3) Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 167.
4) Kreutzer, NJW 1955, 1307 (1308).

unter den Begriff "Kultur", wie z.B. der Merkmale böswillig, im politischen Leben stehend, roh mißhandeln, von bedeutendem Wert, erheblich entstellt, Müßiggang oder grob verkehrswidrig, verdeckt mehr Unterschiede als sie an Gemeinsamkeiten offenbart.

Mezgers weitergehende Differenzierungen verdienen daher prinzipiell den Vorrang. Er unterscheidet fünf Gruppen ¹⁾: Normative Elemente mit richterlicher Sinnerfassung, rechtlicher und kultureller Bewertung, kognitiver Beurteilung und quantitativer Abschätzung. Innerhalb dieser Einteilung lassen sich jedoch Überschneidungen nicht vermeiden. Mezger zählt zu der Gruppe der richterlichen Sinnerfassung den Meineid; die Wahrheit, bzw. die Unwahrheit einer Aussage erscheint aber auch in der Gruppe der Elemente mit kognitiver Beurteilung. Ob ein "G_lied" i.S.d. § 224 StGB "wichtig" ist, unterliegt nach Mezger einer quantitativen Abschätzung. Mit gleicher Berechtigung ließe sich das Merkmal aber in die Gruppe der Elemente mit kognitiver Erkenntnis einordnen, denn die Wichtigkeit eines Körperteils muß ebenfalls vom Standpunkt des Richters festgestellt werden aufgrund des Erfahrungswissens, also kognitiver Beurteilung.

Zuordnungsschwierigkeiten mögen der Grund dafür gewesen sein, daß Mezger diese ausführlichen Gruppierungen später aufgab und nur noch zwei Gebiete normativer Prägung unterschied ²⁾: Tatbestandselemente, die erkennender (kognitiver) Beurteilung zugänglich sind und Tatbestandselemente mit wertender (emotionaler) Beurteilung, die "wertausfüllungsbedürftigen" im engeren Sinn.

Erblickt man den Vorteil der Einteilungen in dem einer Definitionsumschreibung ähnelnden Zuordnungsverfahren, bedeutet Mezgers allgemein gehaltene Einteilung einen Rückschritt. Mit der emotionalen Kategorie wird wieder auf das unbrauchbare, "subjektive Wertwissen" abgestellt. Vor allem wird aber dort auf Differenzierungen ver-

1) Mezger, Lb 3. Aufl., S. 192.

2) Von der 1. Aufl. des Studienbuches an, 1948, S. 77.

zichtet, wo unwägbare und ungewisse Wertbezüge eine Unterscheidung zugunsten der Bestimmbarkeit am ehesten rechtfertigen.

C. Eigener Einteilungsversuch

Die Behauptung von Class ¹⁾, es existierten "ebensoviele verschiedene wertbezogene Betrachtungen, als es menschliche Werte überhaupt gibt", verleitet zur Resignation, wenn es darauf ankommen sollte, letztere als Ordnungsgefüge in ihrer Gesamtheit darzustellen. Die bedeutsame Zäsur ist jedoch an den durch die Rechtsgüter vermittelten Wertbezügen vorzunehmen, nicht an den "menschlichen Werten überhaupt", noch weniger an den auf sie reflektierenden Handlungen.

Über eine terminologische Bezeichnung der Oberbegriffe läßt sich zwar streiten, aber mit einiger Sicherheit sind zwei Strukturen herauszustellen: Normative Merkmale, die durch vorhandene Normenkreise ausgefüllt werden (durch die Bereiche von Sitte, Anstand, Ästhetik oder Fachgebiete), und normative Merkmale, deren Inhalt durch bloße methodische Maßstäbe ermittelt wird (das Erfahrungswissen ist maßgebend, die Anforderungen durchschnittlicher Art oder die vergleichende Betrachtungsweise). Gemeinsam ist den Merkmalen die normative Qualität, die sie durch den weiteren Bewertungsakt erhalten, verschieden und daher einer Einteilung zugänglich, die Objektwahl in dem jeweiligen Ausfüllungsvorgang.

Im einzelnen ist das Gemeinte durch Anführen von Beispielen und mithin ohne Anspruch auf Vollständigkeit zu verdeutlichen.

1. Normenbestände

Zum Bereich der Sinne und des Anstandes gehören die auf sittliche und gesellschaftlich-konventionelle Vorstellungen verweisenden

1) Class, Grenzen des Tatbestandes, S. 169.

Merkmale ¹⁾ wie: "Machenschaften" in § 109 a, "sittliches Wohl" in § 170 d, "unzüchtige Handlung" in § 176 Nr. 3, "in einer Sitte und Anstand verletzenden Weise" in § 184 Abs. 1 Nr. 3 a, "gegen die guten Sitten" in § 226 a, "verwerflich" in §§ 240 Abs. 2, 253 Abs. 2, "grober Unfug" in § 360 Nr. 11, "Müßiggang" in § 361 Nr. 5 sowie die Gesinnungsmerkmale ²⁾ (etwa "gewissenlos" in §§ 170 c, 170 d, "niedrige Beweggründe" in § 211, "rücksichtslos" in § 315 c Abs. 1 Nr. 2).

Diese Beispiele vermitteln bereits den Eindruck, daß die Gefahr subjektiver Deutungen groß und die Bestimmbarkeit schwierig ist.

Die Merkmale, die dem ästhetischen Bereich angehören, sind verhältnismäßig selten anzutreffen. Ihre Sonderstellung gebietet gleichwohl eine Herausstellung: Es sind die "Verstümmelung" in § 109, "dauernd entstellt" in § 224 sowie expressis verbis die "Verschönerung" in § 304.

Die Einteilung in Fachgebiete verspricht insofern aufschlußreich zu sein, als damit das Augenmerk auf so verschiedenartig strukturierte Erkenntnisquellen wie z.B. die des Rechts gegenüber den politischen Gegebenheiten gelenkt wird. Beide Ordnungsvorstellungen eignen sich sicherlich nicht im gleichen Maße zur gesetzgeberischen Manifestation, was nicht ohne Folgen für die Auswahl und Grenzziehungen der Begriffe bleiben wird.

Aus den Fachgebieten sind also zuerst die Merkmale rechtlicher Qualität auszusondern (z.B. die "verfassungsmäßige Ordnung" in § 81, die "Fremdheit" in § 242, die "Urkunde" in § 267, "gepfändet" in § 137 oder die "Ehe" in § 170). Aus dem politischen Bereich verdienen u.a. Erwähnung die "Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland" in §§ 87 ff., das "Staatsgeheimnis" in §§ 93 ff.),

-
- 1) Sie entsprechen im wesentlichen Mezgers "Elementen mit kultureller Bewertung", obwohl deren Bereich erheblich ausgedehnt wird, indem z.B. auch die biologische Bewertung der Gesundheit dazugerechnet wird.
 - 2) vgl. die ausführliche Aufzählung von Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, S. 223 ff.; und von Stratenwerth, v. Weber-Festschrift, S. 171 ff.

"im politischen Leben des Volkes stehend" in § 187 a, "aus politischen Gründen" in § 234 a und die "wichtigen öffentlichen Interessen" in §§ 353 b, 353 c.

Die Mannigfaltigkeit der zu regelnden Sachverhalte erfordert schließlich eine Rückbeziehung auf medizinische, religiöse, biologische (dafür lassen sich allerdings nur die Merkmale "rassisch" und "leibliche" Eltern in § 221 Abs. 2 finden) und physikalische ("elektrische Energie" in § 248 c) Urteile. Auf den Bereich der Medizin wird u.a. verwiesen mit den Merkmalen "geisteskrank" in §§ 176, 224, "Geschlechtskrankheit" und "Empfängnis" in § 184, "Geschlechtstrieb" in § 211, "Gebrechlichkeit" und "Krankheit" in § 221, "Gesundheit" in § 223, "Zeugungsfähigkeit", "Siechtum" und "Lähmung" in § 224. Die dem Religiösen zuzuordnenden Merkmale sind schließlich "Gott lästern" und "Gebräuche" in § 166 und der "Gottesdienst" in § 167.

Sämtlichen bisher genannten Merkmalen ist gemeinsam, daß sie ihre Bedeutung nur durch Rückbeziehung auf einen bereits vorhandenen Normenbestand erhalten. Der Begriff der Norm ist dabei weit zu fassen und der Grad ihrer Konkretisierung belanglos. Er beschränkt sich nicht auf die Umschreibung eines echten Werturteils. Das entscheidende Gewicht der Trennung liegt auf der Beziehung zu dem abgeschlossenen Bestand eines sittlichen, geistigen oder materiellen Bereichs. Die Auffüllung eines normativen Merkmals dieser Art kann nur und ausschließlich aus dem jeweiligen Normenkreis erfolgen.

2. Normmaßstäbe

Im Gegensatz zu dem Normenbestand stehen die normlosen Maßstäbe, die keine Auskunft über den Ausfüllungsinhalt, sondern die Ausfüllungsmethode vermitteln. So ist z.B. das Erfahrungswissen der entscheidende Faktor zur Gefahrbestimmung in den verschiedensten Ausgestaltungen, etwa in §§ 176, 177, 223 a, 249, 366 Nr. 2. Die Frage, ob ein Glied "wichtig" i.S.v. § 224, eine Stelle im

Straßenverkehr nach § 315 c Abs. 1 Nr. 2 lit. d "unübersichtlich" oder eine Handlung gemäß § 330 c "erforderlich" ist, kann nur entschieden werden aufgrund allgemeiner Bedeutung für den Gesamtorganismus, aufgrund des üblichen Überblicks im Verkehrsablauf und aufgrund der wahrscheinlichen Gefahrentwicklung, mithin nur durch Erfahrungskriterien. Zur gleichen Einordnung gehören die Merkmale "von Bedeutung sein" in § 100 a, "geeignet sein" in §§ 130, 164, "ausreichende Entfernung" in § 315 c Abs. 1 Nr. 2 lit. g und "den Umständen nach" in §§ 142, 245 a, 330 c.

Der Maßstab durchschnittlicher Verhältnisse und mittlerer, gewöhnlicher Anforderungen an den Einzelnen ist sodann richtungsweisend für das Merkmal "gewöhnheitsmäßig" in § 180, "geringer Wert", "aus Not" in § 248 a, "fahrlässig" etwa in § 222, "gröblich" in § 170 a, "bedeutender Wert" z.B. in § 311, "nicht gehörig beaufsichtigen" in § 143, "auffälliges Mißverhältnis" in § 302 a, "zu schnell fahren" in § 315 c Abs. 1 Nr. 2 lit. d., "leichtfertig" in § 138, u.a.m.

Zugegebenermaßen tauchen vereinzelt Überschneidungen auf: Ob jemand zu schnell gefahren ist, könnte mit einiger Berechtigung auch nach dem Erfahrungswissen zu beurteilen sein. Das Schwergewicht liegt jedoch auf dem Maßstab des von jedem geforderten Fahrverhaltens, eben der "durchschnittlichen" Geschwindigkeit. Das Interesse bei der Herausstellung der Normmaßstäbe stützt sich notgedrungen nicht auf eine für alle Fälle gültige Grenzziehung, als vielmehr darauf, wenigstens die Zahl der Maßstäbe lückenlos zu erfassen.

Als eigenständiger Maßstab ist schließlich der des Vergleichs zu nennen, der zumeist ein Eingehen auf den Zustand nach einer Handlung im Verhältnis zum vorherigen notwendig macht. Hierzu zählen u.a. die Merkmale "beeinträchtigen" in §§ 92, 241 a, "Nachteil" in §§ 93, 334, 336; "ruhestörender Lärm" in § 360 Nr. 11, "ähnlich sein" in §§ 132 a Abs. 2, 193, 360 Nr. 6, "überwiegend anvertraut" in § 143, "vorwiegend dienen" in § 109 e, "Vorteil" in §§ 257, 263, "erleichtern" in § 109 c und "erschweren" in §§ 187 a, 307 Nr. 3.

Nachdem das Wesen der normativen Merkmale bis in die Feinheiten durchleuchtet worden ist, soll sich der Nutzen der Analyse an der für jedes Tatbestandsmerkmal geltenden obersten Richtschnur gesetzgeberischer Entfaltungsmöglichkeit erweisen, dem Bestimmtheitsgrundsatz "nullum crimen sine lege".

Erst wenn die Bedeutung und Tragweite dieses Grundsatzes geklärt sind, lassen sich die Grenzen eines Merkmals innerhalb seiner Gruppe ziehen.

ZWEITER ABSCHNITT

DER BESTIMMTHEITSGRUNDSATZ "NULLUM CRIMEN SINE LEGE"

Dem Gebot strafrechtlicher Bestimmtheit in Art. 103 Abs. 2 GG ist offenbar ein Vorbehalt immanent, der mehr nach der drohenden Konsequenz der Normnichtigkeit ausgerichtet ist als nach den ihn begründenden Voraussetzungen. Angesichts der Drohung, "Wenn man Ernst machen wollte mit Art. 103 Abs. 2 GG ..." ¹⁾, wird ersichtlich die Folgerung abgeleitet, dem Bestimmtheitsgrundsatz komme aufgrund seiner idealistischen Prägung ²⁾ keine unmittelbare, reale Geltung zu.

Eine Klärung des Verhältnisses von Verfassungswirklichkeit zur strafrechtlichen Gesetzgebung läuft letztlich auf die Frage hinaus, ob Art 103 Abs. 2 GG einzuschränken ist, damit der "Vielgestaltigkeit des Lebens" ³⁾ Rechnung getragen werden kann oder eine strikte Einhaltung des Bestimmtheitsgrundsatzes geboten ist, um mit der Tatbestandsgarantie "Ernst zu machen".

Der Bestimmtheitsgrundsatz "nullum crimen sine lege" ⁴⁾ strahlt mit unterschiedlicher Intensität je nach dem angesprochenen Adressatenkreis aus, an den er sich wendet. Der Gesetzgeber muß den Konflikt zwischen sämtlichen strafwürdigen Sachverhalten und dem individuellen Rechtsschutz auf der Grundlage der Gesetzes-

-
- 1) Heinitz, Berliner Festschrift für Hirsch, S. 48; Roxin, JuS 1964, 373 (379); Seel, S. 71 nennt die Forderung nach Entfernung der Merkmale, die im Widerspruch zum herkömmlichen Sinn von Art. 103 Abs. 2 GG stehen, sogar "utopisch".
 - 2) Heinitz, a.a.O. S. 48; Engisch, Mezger-Festschrift, S. 156; Lenckner, JuS 1968, 249 (257).
 - 3) So die Rspr., BVerfG 4, 352 (358); 11, 234 (237); BGHSt 18, 361 (362).
 - 4) Vgl. die entsprechende Regelung in § 2 StGB, Art. 116 WV, Art. 7 Abs. 1 Menschenrechtskonvention. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes "nullum crimen sine lege" ist auf die vorhandenen Arbeiten zu verweisen, vgl. u.a. die ausführlichen Darstellungen bei de Asua, ZStW 63, 166; Bohne, Lehmann-Festschrift 1937, 71; Sax, Grundsätze der Strafrechtspflege, S. 909 (992 ff.) sowie die bei Maurach, AT S. 88 nachgew. Literatur.

klarheit austragen. Der gesetzesanwendende Richter hat sich der Aufgabe zu stellen, durch Auslegung die Tatbestandsmerkmale mit Inhalt zu füllen. Für den Gesetzesunterworfenen entsteht die Frage, inwieweit er die Erfüllung seines "echten" Grundrechts ¹⁾ beanspruchen kann.

Diese verschiedenartigen Aufgabenstellungen verdienen besondere Aufmerksamkeit, wenn die von der Rechtsprechung und Rechtslehre unternommenen Versuche zur Konkretisierung des Bestimmtheitsgrundsatzes zu würdigen sind.

I. Die Bestimmbarkeit eines Tatbestandes durch Auslegung

Bei der Erörterung des Bestimmtheitsgrundsatzes standen bislang die Auslegungsverbote der Rückwirkung, der Analogie und des Gewohnheitsrechts im Mittelpunkt ²⁾. Die einleitende, negative Formulierung in Art. 103 Abs. 2 GG ("Eine Tat kann nur bestraft werden, ...") sichert den Verböten zu Recht eine überragende Garantiestellung. Über die positiven Geböte, wann "die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt" ist ³⁾, besteht jedoch Ungewißheit. Im Hinblick auf dogmatische Leitlinien ist sogar eine empfindliche Lücke zu beklagen.

1) H.M., siehe Maunz-Dürig, Art. 103 Abs. 2 Rdnr. 98 und die dort zitierten Meinungen.

2) vgl. die älteren Lehrbücher und Kommentare, die sich in sehr geringem Ausmaß zu den Bestimmtheitserfordernissen äußern: v. Hippel, Strafrecht, und Merkel, Lehre vom Verbrechen, schweigen gänzlich. Andere Autoren erwähnen das Thema oft nur in einem Satz, so u.a. Berner, Deutsches Strafrecht, S. 248; Finger, Deutsches Strafrecht, S. 27; Allfeld, Deutsches Strafrecht, S. 18; v. Liszt, Deutsches Strafrecht, S. 187; Binding, Grundriß, S. 54, 55.

Die Zurückhaltung in dieser die Geltungsberechtigung jedes Tatbestandes umfassenden Fragestellung in weiten Kreisen neuerer Literatur bleibt eigentlich nur verständlich bei der stillschweigenden Annahme der Verfassungsmäßigkeit sämtlicher Tatbestände.

3) Auf die Forderung festzustellen, was Art. 103 Abs. 2 GG positiv gebietet, macht ausdrücklich nur Naucke, Betrug, S. 192 aufmerksam.

A. Die Ansicht der Rechtsprechung

Übereinstimmung herrscht in dem Ausgangspunkt: Ein Tatbestand gilt als bestimmt genug, wenn sein Sinn und Umfang ¹⁾ durch Auslegung ermittelt werden können. Dies müsse im Einzelfall entschieden werden.

Damit stellt sich das Problem der Bestimmbarkeit allein als Auslegungsschwierigkeit dar ²⁾. Konsequenterweise müßten die verschiedenen Auslegungsmethoden den Maßstab für die Umgrenzbarkeit und Unbestimmtheit eines Merkmals liefern.

Bei einer solchen Auffassung verengt sich das Gesichtsfeld zu sehr auf die Mittel der Bestimmbarkeit. Vor allem wird hiermit der zweite Schritt vor den ersten gesetzt, denn vor der Erörterung des Einsatzes einer Methode ist Klarheit über die zu erforschende Substanz zu gewinnen.

An dem von der obersten Rechtsprechung geübten Verfahren, fragwürdige Tatbestandsmerkmale zu konkretisieren, läßt sich die Reduzierung des Bestimmtheitsgebots auf eine bloße Auslegungsbezo-genheit deutlich ablesen.

Das Merkmal "im politischen Leben des Volkes stehend" in § 187 a StGB ist nach dem Bundesverfassungsgericht ³⁾ hinreichend bestimmt, weil die Rechtsprechung ihrer Aufgabe, den Inhalt des Merkmals zu klären und abzugrenzen, "durchaus gerecht geworden" sei. Die Bestimmbarkeit eines Merkmals fällt danach mit seiner Auslegbarkeit zusammen.

1) u.a. BGHSt 11, 365 (377); Maunz-Dürig, Art. 103 Rdnr. 107; Woesner, NJW 1963, 273.(274). Soweit anstelle des Umfangs auf den Zweck abgestellt wird (z.B. BGHSt 14, 165, 167) bedeutet dies eine bloße Wiederholung, denn jede Sinnermittlung unterliegt teleologischer Auslegung.

2) Für Naucke, a.a.O. S. 192 ist es das "Zentralproblem" des Art. 103 Abs. 2 GG.

3) BVerfG 4, 352 (358).

Der Bundesgerichtshof ¹⁾ sieht das Merkmal der "Gefährdung des sittlichen Wohls" in § 170 d in Einklang mit den rechtsstaatlichen Erfordernissen, da es "ausreichend umgrenzbar" sei. Diese Formulierung bringt unmißverständlich zum Ausdruck, der Gesetzgeber habe nicht umgrenzt. Dies bleibt also auslegender richterlicher Tätigkeit vorbehalten.

Zur Feststellbarkeit der Verwerflichkeit in § 240 Abs. 2 führt der Große Senat für Strafsachen aus: "Hier fällt ... dem Richter die Aufgabe zu, an Stelle des Gesetzgebers durch unmittelbare Wertung zu entscheiden, ..." ²⁾. Mit der Delegation legislativer Befugnisse an die Judikative, die noch im Zusammenhang mit der Frage der Gewaltenteilung bedeutsam wird, ist also gleichfalls dem Richter die gesetzliche Ausführungsfunktion übertragen worden.

In einer weiteren Entscheidung wird sogar eine Abstufung innerhalb der Auslegungsmaßstäbe vorgenommen: Der Begriff der "Geeignetheit" i.S.v. § 7 Abs. 1 StVO sei ohne Schwierigkeiten auszulegen; auf allgemeinere Begriffe, die "in höherem Maße auslegungsbedürftig sein mögen" ³⁾, könne das Strafrecht nicht verzichten.

Zuvor hatte das Reichsgericht, noch unter der Geltung des § 2 StGB, keine Bedenken, den Untreuetatbestand aus § 266 StGB nur als "eine Art Rahmenvorschrift" anzusehen ⁴⁾. Der Begriff "Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen" sei dermaßen unbestimmt, daß eine feste Grenzziehung nicht möglich sei. Der Richter müsse daher nach "vernünftigen Ermessen" die Rahmenvorschrift ausfüllen.

1) BGH NJW 1952, 476; ebenso BGHSt 11, 365 (377) zu den Tatbeständen der §§ 19, 10, 9 BierStG.

2) BGHSt 2, 194 (195, 196).

3) BGHSt 18, 361 (362); ähnl. BVerfG 11, 234 (237) zu dem Merkmal "Schriften, die Jugendliche gefährden" in § 1 Abs. 1 GJS.

4) RGSt 69, 58 (62).

Legt man die zuletzt genannten Erwägungen zugrunde, wird man sich nicht der Folgerung verschließen können, auf diese Weise laufe die Tatbestandsgarantie leer. Die Unmöglichkeit, einen unzulässigen unbestimmten Begriff aufzufinden, besteht hiernach sogar in theoretischer Hinsicht: Nachdem ein gesetzliches Merkmal ausdrücklich als unbestimmt und ohne feste Grenzen qualifiziert worden ist, soll es mittels Auslegung dennoch "gesetzlich bestimmt" werden, damit eine Bestrafung nicht gegen § 2 StGB verstößt.

Der Bundesgerichtshof hat bislang eine Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes nur in zwei Fällen für möglich gehalten. Einmal für den - gesondert liegenden - Fall eines Blankettgesetzes in Gestalt der Gesetzesänderung zu § 121 Nr. 2 BranntweinMonG ¹⁾, ein anderes Mal bei der Frage, ob das Merkmal der "Schutzbedürftigkeit" eines Kindes in die Auslegung des § 170 d StGB einzubeziehen sei ²⁾.

Die Zurückhaltung der Rechtsprechung zur Präzisierung oder in der Anwendung des Bestimmtheitsgebotes äußert sich sogar in der zur Entscheidungserheblichkeit aufgeworfenen Frage, "ob eine Strafnorm mangels Bestimmtheit des gesetzlichen Tatbestandes gegen das rechtsstaatliche Prinzip der Rechtssicherheit verstoßen kann, deshalb mit Art. 103 Abs. 2, 20 Abs. 3 GG unvereinbar und daher nichtig ist" ³⁾. Deuten die angezogenen Grundrechtsbestimmungen auf eine mehr rhetorische Fragestellung hin, verstärken sich die Zweifel an einer Realisierbarkeit des Art. 103 Abs. 2 GG angesichts einer anderen Formulierung des Bundesgerichtshofs. Bei der

1) BGHSt 12, 136 (145).

2) BGH NJW 1954, 119 (120). Die Argumentation, mit der dabei das Merkmal der Schutzbedürftigkeit als mit dem Prinzip der Tatbestandsgarantie unvereinbar angesehen wird, überzeugt nicht. Es wird nicht einmal der Versuch gemacht, den Begriff mit ähnlichen Bewertungen zu vergleichen (z.B. der Gebrechlichkeit und Hilflosigkeit in § 221, der Zumutbarkeit in § 330 c oder der Hilfsbedürftigkeit in § 170 c). Vgl. insoweit auch Händel in der Anmerkung zu dem Urteil NJW 1954, 119 (120).

3) BVerfG NJW 1956, 99 (100); das Gericht ging auf diese Frage nicht weiter ein, denn das umstrittene Merkmal "im politischen Leben des Volkes stehend" in § 187 a ist nach seiner Meinung hinreichend bestimmt.

Auslegung des Merkmals "grausam töten" in § 211 StGB führt die einseitige Ausrichtung auf die Auslegung zu der Folgerung: "Auch unbestimmt gefaßte gesetzliche Tatbestandsmerkmale binden den Richter; er hat ihren Gesamtgehalt ... auszulegen".¹⁾, eine Aussage, die nicht nur im wörtlichen Widerspruch zu Art. 103 Abs. 2 GG steht, sondern auch die Bindungsvoraussetzungen des Strafrichters verkennt, vgl. Art 100 Abs. 1 S. 1 GG mit der Möglichkeit der Vorlage an das Bundesverfassungsgericht, bzw. der eigenen Prüfungszuständigkeit bei vorkonstitutionellem Recht ²⁾.

Die Reduzierung des Themas der Bestimmbarkeit allein auf ein Auslegungsproblem berechtigt zu der Frage, ob es überhaupt der Auslegung unzugängliche und damit unbestimmte Begriffe gibt. Selbst dem soviel geschmähten Schurkenparagrafen könnte mit einiger Mühe Inhalt und Umfang gegeben werden, indem beispielsweise auf ein gewissenloses und böswilliges Verhalten (§§ 170 c, 130, 134) abgestellt wird, das nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe steht und besonders verwerflich ist (vgl. die Auslegung zu den "niedrigen Beweggründen" in § 211) und von dem man den Umständen nach anzunehmen hätte (§ 259), daß es gewinnsüchtigen (§ 133) oder unsittlichen Zwecken (§ 235) dient.

Der Vorwurf, die Kumulation derart schwierig auszufüllender Begriffe bewirke schon die Unbestimmtheit des gesamten Tatbestandes, weist mit Recht hin auf die im Hintergrund anwachsende Gefahr der Ausdehnung strafwürdigen Unrechts. Diese Kritik trifft jedoch nicht das von der Strafwürdigkeit streng zu unterscheidende Gebot der Tatbestandsbestimmtheit. Auch Schurkenparagrafen können bei entsprechender Auslegungstätigkeit geeignet sein, die Tatbestandsgarantie zu vermitteln.

1) BGHSt 3, 180 (181).

2) vgl. BVerfG 2, 124 (128 ff.); NJW 1968, 1772.

Die einseitige Ausrichtung auf das Kriterium der Auslegung birgt überdies die Schwierigkeit, welches Auslegungsstadium über die Bestimmbarkeit entscheiden soll. Die Auslegung eines Begriffs mit dem Ergebnis einer Definition bedarf nicht selten einer weiteren Interpretation: Gilt nur das Merkmal als bestimmt genug, welches mit einer einmaligen Umschreibung umgrenzt werden kann oder genügen erst alle folgenden Unterinterpretationen?

Ein Blick auf die Methode, wie den "bestimmten" deskriptiven Merkmalen Inhalt und Grenzen gegeben werden, sowie die Einsicht, daß jeder Definition letztlich die kasuistische Eigenschaft innewohnt ¹⁾, muß zu der Antwort führen, daß erst die Gesamtheit aller Auslegungsbemühungen - wenn überhaupt - über die Tatbestandsgarantie entscheidet.

Bei dem deskriptiven Merkmal der Wegnahme in § 242 StGB kann schließlich das tatsächliche Herrschaftsverhältnis auch nur durch Aufzählungen von Beispielen verdeutlicht werden ²⁾. Ebenso erhält das Merkmal des groben Unfugs am Ende nur noch kasuistische Umschreibungen ³⁾. Dieser Vorgang allein stellt die Tatbestandsklarheit nicht in Frage.

Die Deduktion der Rechtsprechung, ein Tatbestandsmerkmal sei bestimmt, wenn es durch richterliche Auslegung umgrenzt werden könne, stößt schließlich auf nicht geringe Bedenken, wenn nach dem Unterschied zwischen der fehlerhaften Auslegung eines Begriffs und seiner Bestimmtheit gesucht wird.

Da praktisch alle Tatbestandsmerkmale ausgelegt werden können, nach den Beispielen aus der Rechtsprechung die Auslegbarkeit aber bereits mit der Bestimmtheit gleichgesetzt wird, entsteht die Ge-

1) H. Mayer, AT 1953, S. 85; Jagusch, SJZ 1949, 324 (326). Engisch, Einführung, S. 70 meint wohl dasselbe, wenn er auch ausdrücklich die kasuistische Methode nur zur Festlegung des Umfangs eines Rechtsbegriffs erwähnt.

2) vgl. statt vieler Schönke-Schröder, § 242 Rdnr. 16 ff.

3) z.B. Werner, LK § 360 Anm. XI, insbes. Nr. 18.

fahr, daß der verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz zu einem bloßen Auslegungspostulat degradiert wird.

Das Reichsgericht ¹⁾ hatte schon offenherzig bekannt, dem unbestimmten, grenzenlosen Untreuetatbestand in § 266 StGB müsse durch rechtsprechendes Ermessen erst der Inhalt gegeben werden. Der Bundesgerichtshof ²⁾ entledigt sich seiner grundsätzlichen Bedenken gegenüber der Verweisung auf das Sittengesetz in § 226 a StGB, indem er kategorisch feststellt: "Eine derart unbestimmte Vorschrift muß, um in einem Rechtsstaat erträglich zu sein, zugunsten des Angeklagten eng ausgelegt werden".

Der Lösungsversuch, einem strafrechtlichen Tatbestandsmerkmal durch restriktive Auslegung den Makel der Unbestimmtheit zu nehmen, überinterpretiert in einseitiger Weise die Funktion der Auslegung und verdrängt damit effektiv den Verfassungsgrundsatz "nullum crimen sine lege". Die These, ein Tatbestand sei unbestimmt, wenn er der Auslegung nicht zugänglich sei, ist unbestreitbar richtig. Umgekehrt läßt sich daraus jedoch nicht folgern, jeder auslegbare Tatbestand sei bereits "gesetzlich bestimmt" i.S.v. Art. 103 Abs. 2 GG.

Auch wenn man der Rechtsprechung in der Annahme folgt, ein Tatbestand sei bestimmt, solange er auslegungsfähig sei, bleibt die entscheidende Frage gerade unbeantwortet, welches Maß an Auslegungsschwierigkeiten über die Bestimmbarkeit entscheidet.

Den spärlichen Ausführungen der Rechtsprechung lassen sich keine Kriterien entnehmen. Die Möglichkeit auslegungsfähiger Tatbestände

1) RGSt 69, 58 (62).

2) BGHSt 4, 24 (32), zur Strafbarkeit der "Bestimmungsmensur". Heinitz, Berliner Festschrift für Hirsch, S. 48 stellt die Frage, ob dem groben Unfug durch eine vernünftig einschränkende Auslegung die Unbestimmtheit genommen werden könne, und bejaht sie, S. 60; Roxin, JuS 1964, 373 (379) meint, "wenn man mit nullum crimen sine lege Ernst machen will", müsse bei nicht eindeutiger Objektivierbarkeit des Sittenwidrigkeitsurteils in § 226 a Straflosigkeit eintreten. Der Bestimmtheitsgrundsatz führt danach zur restriktiven Auslegung.

scheint im Gegenteil weit hinausgeschoben.

So soll kein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz vorliegen, wenn allgemeine Begriffe "in besonderem Maß einer Deutung durch den Richter bedürfen" ¹⁾, diese Begriffe "an die Auslegung des Richters besondere Anforderungen stellen" ²⁾ oder "in höherem Maße auslegungsbedürftig sein mögen" ³⁾.

So unbestreitbar die Aussage ist, daß gewisse Zweifel in der Auslegung die Tatbestandsgarantie nicht einmal in Frage stellen können ⁴⁾, so gering erscheint die Aussicht, aufgrund von Auslegungsschwierigkeiten verläßlich auf die Unbestimmtheit zu schließen. Diese Unmöglichkeit liegt in der Einsicht begründet, daß theoretisch jeder Begriff mehreren Deutungen zugänglich ist und Auslegungsschwierigkeiten praktisch in jedem Tatbestand anzutreffen sind.

Mit Hilfe der Auslegung können der Wortsinn erschlossen und der Inhalt und Umfang des Begriffs festgelegt werden. Ob diese Festlegungen im Bereich des Ungewissen liegen oder der Erkenntnis und Meßbarkeit zugänglich sind, führt zu einer gänzlich anderen, an Bestimmtheitserfordernissen ausgerichteten Problemstellung.

Die Tatsache einer Begriffsfestlegung besagt nichts über ihre Eindeutigkeit. Die Auslegbarkeit eines Tatbestandsmerkmals enthält kein Urteil über die Bestimmtheit, sondern nur über die Deutungsmöglichkeit.

B. Die historische Auslegung (Naucke)

Wie die Rechtsprechung sieht Naucke ⁵⁾ das Problem der Bestimmtheit eines Tatbestandes als Auslegungsproblem an. Bei der Suche nach einem Kriterium für die Tatbestandsgarantie kommt er zu dem Ergeb-

1) BVerfG 4, 352 (358).

2) BVerfG 11, 234 (237).

3) BGHSt 18, 361 (362).

4) vgl. hierzu H. Mayer, Gutachten, S. 272; Michel, JuS 1961, 274 (276).

5) Naucke, Betrug, S. 192.

nis, allein die historische Auslegung sei maßgebend. Mit ihrer Hilfe müsse ermittelt werden, "was ein wirklicher Gesetzgeber in den einzelnen Merkmalen eines Tatbestandes gedacht hat" ¹⁾.

Naucke versucht anhand der Gesetzgebungsarbeiten zum Preußischen Strafgesetzbuch aus dem Jahre 1845 nachzuweisen, daß z.B. die heutige Auslegung zum Betrug, eine Täuschungshandlung auch beim Unterlassen und einen Schaden bei allgemeiner wirtschaftlicher Einbuße anzunehmen, verfassungswidrig sei ²⁾.

Diese Argumentation verfällt nicht nur in den Fehler, eine möglicherweise fehlerhafte Auslegungsmethode an der gesetzlichen Bestimmtheit messen zu wollen. Darüber hinaus vermittelt die Orientierung an den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers mehr Unsicherheit als Garantie ³⁾. Der "wirkliche" Gesetzgeber dürfte auch 1845 keine einhellig denkende und artikulierende Gesetzgebungseinheit gewesen sein ⁴⁾. Die in den Protokollen und Berichten festgehaltenen unterschiedlichen Meinungen widerlegen die Vorstellung von "dem" wirklichen Gesetzgeber. Wird die historische Verlässlichkeit als ein Sicherheitsfaktor angesehen, dürfte eine sich auf den Gedanken der Vorausssehbarkeit und Prävention stützende Begründung eher einen gegenteiligen Standpunkt rechtfertigen ⁵⁾. Der "Normalbürger" sieht den heutigen Schadensbegriff nicht auf den rein materiellen Verlust eingengt. Er steht der Nichtberücksichtigung der Maßstäbe aus seiner Zeit nicht nur verständnislos gegenüber. Obendrein ist er der Schwierigkeit ausgesetzt, den Willen des Gesetzgebers aus dem vorigen Jahrhundert aufzuspüren.

1) Naucke, a.a.O. S. 200. Ebenso stellen D. und G. Reinicke, NJW 1951, 681 (683) auf das Kriterium des alten, gesetzgeberischen Sprachgebrauchs für die Eindeutigkeit einer Norm ab.

2) Naucke, a.a.O.

3) In diesem Sinn wenden sich auch Schönke-Schröder, § 2 Rdnr. 34 gegen Nauckes Auffassung.

4) Gegen die einseitige Ausrichtung am Willen des Gesetzgebers bereits RGSt 12, 371 (372, 373). Auf die Problematik der objektiven Auslegungstheorie ist in diesem Zusammenhang nicht näher einzugehen, vgl. hierzu vor allem die Übersicht bei Engisch, Einführung, S. 85 ff.

5) Der Einfluß dieser beiden Prinzipien auf den Bestimmtheitsgrundsatz bedarf ausführlicher Darstellung, die jedoch an anderer Stelle zu erfolgen hat, vgl. S. 123 ff.

Eine andere Beurteilung erscheint dann gerechtfertigt, wenn sich eine zeitgemäße Auslegung so weit entwickelt hat, daß sie gegenüber der ursprünglichen Anschauung einem Inhaltsaustausch gleichkommt. Damit verlagert sich das Problem auf die anschließend zu behandelnde Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Bestimmtheitsgrundsatz eine bestehende, gleichbleibende Auslegung garantiert.

C. Die Berücksichtigung der Auslegungsergebnisse.

Auslegungsergebnisse können in zwei Richtungen an die Grenzen des Bestimmtheitsgebots stoßen. Einmal könnte der Wortsinn eines Gesetzes überschritten werden und somit ein Fall geregelt werden, der außerhalb des vom Gesetz gezogenen begrifflichen Rahmens läge. Einer solchen verfassungswidrigen Regelungsbefugnis in Gestalt der Analogie können gleichermaßen bestimmte wie unbestimmte Merkmale unterfallen.

Zum anderen kann die gesetzliche Bestimmtheit in erheblichem Umfang in Frage gestellt sein, wenn im konkreten Verfahren der Inhalt eines Begriffs abweichend von der bisherigen Auslegung neu festgelegt wird. Solange auch dieses Auslegungsergebnis den Wortsinn des Gesetzes nicht überschreitet, wird nicht die Geltung des Grundsatzes "nullum crimen sine lege" angesprochen, sondern die Anwendbarkeit des Rückwirkungsverbots ¹⁾.

Da der Geltungsbereich des Rückwirkungsverbots ebenfalls außerhalb des Themas steht, ist nur auf den Einfluß des Auslegungswandels auf das Bestimmtheitsgebot zu achten.

1) Vgl. statt vieler Schönke-Schröder, § 2 Rdnr. 15 sowie die Rechtsprechung etwa zu der Wandlung des Begriffs "Waffe" in BGHSt 1, 1 (3), zu dem Begriff "Unglücksfall" in BGHSt 6, 147 ff. oder die Auslegung des Merkmals "Hilfe" in BGHSt 18, 102 ff. Eine andere Beurteilung hält Schröder neuerdings (14. Aufl. § 2 Rdnr. 15 a mit weiteren Nachweisen) dann für geboten, wenn die Rechtsprechung ihre Entscheidungen formelhaft festgelegt hat. Ebenso sieht Dürig bei einem Wandel in den von der Rechtsprechung entwickelten Grundbegriffen einen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot, Maunz-Dürig, Art. 103 Rdnr. 112 FuBn. 2; vgl. auch Heinemann und Posser, NJW 1959, 121 (122).

Eine wechselnde Auslegung ist insofern keinem Bedenken aus Art. 103 Abs. 2 GG ausgesetzt, als der begriffliche Rahmen des Gesetzes vor und nach einer neuen Sinndeutung unverändert bleibt. Die Berücksichtigung des Bedeutungswandels spiegelt lediglich die durchgängige Abhängigkeit der Sprache von äußeren, gesellschaftlichen Verhaltensweisen und Lebensformen wider.

Theoretisch birgt diese Abhängigkeit allerdings die Gefahr eines Konflikts mit dem Bestimmtheitsgebot, wenn nämlich der ursprünglich vorgestellte gesetzgeberische Begriff durch die tatsächliche Sprachentwicklung eine uferlose Ausdehnung erfahren hat.

Selbst bei dieser Konstellation, für die ein praktisches Beispiel nicht zu finden ist, kann der Auslegungswandel nur interpretative Hilfestellung leisten. Aufschlüsse über die Bestimmtheit des Tatbestandes sind aus dem Vergleich zwischen historischer und zeitgemäßer Auslegung nicht zu gewinnen.

Der von Dürig ¹⁾ gestellten Diagnose, mindestens der konkrete Angeklagte müsse bei Anerkennung des Bedeutungswandels an der Wirksamkeit des Art. 103 Abs. 2 GG irre werden, liegen zwei unbewiesene Prämissen zugrunde.

Einmal läßt sich aus Art. 103 Abs. 2 GG nicht herleiten, der Angeklagte habe einen Anspruch auf eine einmalige, perpetuierende Auslegung. Mit der Eigenart des Gesetzes als abstrakte Regel verbindet sich notwendigerweise die Möglichkeit mehrfacher Sinndeutungen. Eine Ausdehnung der gesetzlichen Garantiefunktion auf richterliche Auslegungsarbeit rückte selbst in bedrohliche Nähe des Analogieverbots. Sie würde zudem die Gefahr ungerechter, weil formelhafter Entscheidungen heraufbeschwören.

1) Maunz-Dürig, Art. 103 Rdnr. 112 Fußn. 2.

Zum anderen darf die Gefahr nicht dramatisiert werden, der Angeklagte stehe den gefestigten Rechtsprechungsgrundsätzen hilflos gegenüber. In der Regel folgt die Rechtsprechung dem Sprachgebrauch und den Sinndeutungen des täglichen Lebens, sie ist nicht umgekehrt die Wegweiserin eines Bedeutungswandels ¹⁾ . .

Damit bleibt die für die Berücksichtigung des Bedeutungswandels vorausgesetzte weitere Prämisse unbegründet, der Bestimmtheitsgrundsatz garantiere das vorhersehbare, einmal festgelegte Auslegungsergebnis.

Da sowohl die Kriterien einer restriktiven und historischen Auslegung als auch der Maßstab des unveränderlichen Auslegungsergebnisses als untauglich auszuschneiden sind, gilt es, die Bestimmtheit eines Tatbestandes nach anderen Erfordernissen zu beurteilen.

II. Die Bestimmbarkeit eines normativen Merkmals durch Festlegung des Begriffs als solchen

Soll die Bedeutung des Bestimmtheitsgrundsatzes nicht verkümmern und die Verwirklichung des echten Grundrechts nicht zu einem gesetzgeberischen Programmsatz herabsinken, ist der Blick von dem vermeintlichen Regulativ der Auslegbarkeit hin zur Regelungsmaterie selbst, der strafrechtlichen Begriffssubstanz zu lenken.

Unabdingbarer Ausgangspunkt aller Erwägungen zur Konkretisierung des Bestimmtheitsgrundsatzes hat die Verfassungspräsumtion zu sein, daß zwischen einem strafrechtlichen Begriff als solchem und seiner Auslegung unterschieden werden kann und muß ²⁾. Nicht die Ausle-

-
- 1) vgl. zutreffend BGHSt 1, 1 (3) zum Begriff der "Waffe". Im übrigen ist zugunsten des Angeklagten an das Regulativ des Irrtums zu denken, so u.a. Schönke-Schröder, § 2 Rdnr. 15.
 - 2) Mezger-Blei, BT S. 362; Lerche, Übermaß, S. 73 Fußn. 183 weist auf den Unterschied einer "von Haus aus unbestimmten Vorschrift" hin im Gegensatz zu der Bestimmbarkeit einer Norm durch eine-
gende Auslegung.

gungsmethoden sind der Sitz der Tatbestandsgarantie, sondern die mit der Auslegung zu erzielende Eindeutigkeit eines Tatbestandsmerkmals ¹⁾.

Bei der Suche nach Kriterien, wann ein Begriff als solcher festlegbar ist, muß die Eigenart juristischer Begriffsbildung, speziell die der normativen Merkmale, berücksichtigt werden. H. Mayer ²⁾ hat mit Recht darauf hingewiesen, daß die meisten Tatbestände nur einen vorgestellten kasuistischen Bereich umfassen und sich einer exakten, begrifflichen Wiedergabe entziehen. Engisch ³⁾ ist ebenfalls der Ansicht, der Umfang eines Rechtsbegriffs lasse sich nur durch Fallgruppen ziehen. In diesem Sinn ist wohl auch Esser ⁴⁾ zu verstehen, wenn er zur Ausfüllung von Ermessensbegriffen und unbestimmten Begriffen eine neuartige Orientierung am Fallproblem fordert.

Ein Blick in die Kommentare bestätigt die Richtigkeit dieser Auffassung auf einfachste Weise. Ein Tatbestandsmerkmal mag mit der ausführlichsten Sorgfalt definiert werden, als letztes Glied in der analytischen Kette steht das Beispiel. Das Präjudiz verdient nicht nur festgehalten zu werden, weil es das Subsumtionsergebnis kennzeichnet, sondern es stellt den letztlich "ohne Anschauung blinden" Begriffsinhalt dar.

Die Rückführung eines Begriffs auf die vorgestellte Typizität fällt dabei nicht mit der Gegenüberstellung von abstrakter und konkreter Betrachtungsweise zusammen. Jedes konkrete Verfahren ist zumindest von der Intention getragen, eine abschließende Aufzählung herbeizuführen. Das Beispiel, zur Verifizierung eines

1) Ebenso Naucke, Betrug, S. 192. Mißverständlich Sax, Analogieverbot, S. 34: Die für zulässig befundene Auslegungslehre bestimmt den Inhalt des Art. 103 Abs. 2 GG.

2) H. Mayer, AT 1953, S. 85.

3) Engisch, Einführung, S. 70.

4) Esser, Rittler-Festschrift, S. 17; ähnlich Larenz, Methodenlehre, S. 219. Jagusch, SJZ 1949, 324 (326) weist anhand des Merkmals der "niedrigen Beweggründe" in § 211 nach, daß der Gesetzesbegriff sich nicht aus allgemeiner Kenntnis erschließt, sondern erst aus der Gesamtheit der Präjudizen.

Begriffs verwendet, erschließt dagegen erst weitere "konkrete" Fälle: Solange der Gesetzeswortlaut als Richtschnur jeder Auslegungstätigkeit eingehalten wird, kann der Begriff erweitert werden (extensive Auslegung). Neben einen beispielhaften Vergleichsmaßstab treten neue, womit sich die Begriffsweite wiederum vergrößert.

In praktischer Hinsicht folgt aus diesen Überlegungen zweierlei. Die Reflektion auf kasuistische Vorstellungsfelder zwingt zu dem methodischen Vorgehen, bei jedem einzelnen Begriff die Grenzen hinsichtlich der Bestimmbarkeit zu ziehen. Zum anderen sind die gesetzlichen Begriffsgrenzen in Beziehung zu setzen zu der Fülle der Fallgruppen. Ihr quantitatives Ausmaß muß an einer Stelle in die Rechtsfrage der qualitativen Bestimmbarkeit umschlagen ¹⁾.

Bisher hat nur Roxin ²⁾ den verdienstvollen Versuch unternommen, die Maßstäbe zur Konkretisierung des Bestimmtheitsgrundsatzes durch Fallgruppen aufzustellen. In Übereinstimmung mit dem oben gefundenen Ergebnis beschränkt er seine Methode nur auf die Merkmale der Verwerflichkeit in § 240 Abs. 2 StGB sowie der guten Sitten in § 226 a StGB und unterscheidet nach dem Beurteilungssubstrat und den Beurteilungskriterien der Regelungsmaterien ³⁾. Bei der Nötigung ergebe sich die Unbestimmtheit aus der Reichweite und Inhaltsfülle des zu schützenden Rechtsguts, bei den guten Sitten aus der Zweifelhaftheit der Moralwidrigkeit ⁴⁾.

A. Die Ausfüllung durch Normenmaßstäbe

Anerkennt man die an Fallgruppen orientierten Differenzierungen, wird die Bestimmbarkeit der normativen Tatbestandsmerkmale in ein

1) Ebenso Warda, Dogmatische Grundlagen, S. 25, der es zugleich für unmöglich hält, ein einheitliches und zuverlässiges Kriterium für diesen Gegensatz zu finden. Die Richtigkeit dieser Resignation vorausgesetzt, müßte Art. 103 Abs. 2 GG leerlaufen.

2) Roxin, JuS 1964, 373.

3) Roxin, a.a.O. S. 375, 376.

neues Licht gerückt, weil ihr Wesen selbst Ausdruck einer Gruppenzugehörigkeit ist.

Mithin erweist sich die Fruchtbarkeit des Einteilungsversuchs ¹⁾ auf den ersten Blick: Ein Teil der normativen Merkmale ist nämlich bereits unter einer Struktureinheit zusammengefaßt, die zugleich auf die Methode ihrer inhaltlichen Eingrenzung hinweist. Es sind die Merkmale, die ihren Inhalt durch die Maßstäbe des Erfahrungswissens, den Anforderungen durchschnittlicher Art und die vergleichende Betrachtungsweise erfahren. Die Übereinstimmung von Inhaltsgebung und Beurteilungskriterium erklärt die von vornherein feste und eindeutige Bestimmbarkeit dieser Begriffe.

B. Die Ausfüllung durch Fachgebiete

Die Eigenart der durch Fachgebiete auszufüllenden Merkmale wirft die Frage auf, inwieweit fachliche Begriffe einer hinreichenden Konkretisierung spezifisch strafrechtlicher Zwecke dienen können.

Die Rückbeziehung auf Fachgebiete setzt zum einen voraus, daß dem auf einem rechtlichen, politischen, medizinischen, biologischen oder anderem Bereich beruhende Fachurteil anerkannte Kriterien zugrunde liegen. Herrscht etwa Ungewißheit darüber, welche Maßstäbe im politischen Bereich zur Erfassung eines "Staatsgeheimnisses", oder den "wichtigen öffentlichen Interessen" anzulegen sind, oder steht der Zeitpunkt der "Empfängnis" oder der Zustand der "Gesundheit" bereits für den Mediziner nicht fest, so wird sich diese Ungewißheit auf das Strafrecht übertragen. Erreichen die Gegensätzlichkeiten in den Fachkreisen ein solches Ausmaß, daß der jeweilige Gutachter maßgebend ist, und fehlen gesicherte, anerkannte Maßstäbe, steht damit zwar der Begriff als solcher in seinem Herkunftsgebiet nicht eindeutig fest. Eine Unbestimmtheit im strafrechtlichen Sinne wird daraus aber erst herzuleiten sein,

1) s.o. S. 60 ff.

wenn das andere wesentliche Moment in der Ausfüllung die gebotene Bestimmtheit nicht herbeizuführen vermag: Die teleologische Rückbeziehung.

Bruns ¹⁾ hat auf diesen Zusammenhang im Rahmen des begrifflichen Verhältnisses des Strafrechts zu anderen Rechtsgebieten aufmerksam gemacht. Seine Feststellung, die spezifisch strafrechtliche Betrachtungsweise, der "Beziehungscharakter" sei das entscheidende Kriterium für die Eindeutigkeit der Begriffe ²⁾, beansprucht sicherlich nicht nur Geltung für die Merkmale rechtlicher Qualität ³⁾. Politische, medizinische oder biologische Fachurteile können durch die aus dem Gesetz vorgezeichneten Rechtsgut- und Zweckgedanken ⁴⁾ eingeengt oder ausgeweitet ⁵⁾ werden. Entscheidend für die Grenzziehung in diesen Fällen ist die Feststellbarkeit des durch teleologische Bewertung geformten Fachurteils.

C. Die Ausfüllung durch den Bereich von Sitte und Anstand

Dem Vorwurf mangelnder Bestimmbarkeit sind vornehmlich die durch den sittlichen Bereich aufzufüllenden Merkmale ausgesetzt. Zugleich macht der Schwierigkeitsgrad ihrer Feststellung eine eingehende Betrachtung notwendig.

Die Struktur der aus dem Bereich von Sitte und Anstand stammenden normativen Merkmale gebietet eine Differenzierung nach zwei Richtungen hin: Der Bestimmtheitsgrundsatz indiziert sowohl eine eindeutige Festlegbarkeit des Normenbereichs als auch eine Präzisierung des auswählenden Ausfüllungsaktes, mit dem das normative Merkmal konkretisiert wird.

1) Bruns, Befreiung, S. 107.

2) Bruns, a.a.O. S. 309.

3) vgl. Schwinge, Teleologische Begriffsbildung, S. 69.

4) Grünhut, Frank-Festgabe I, S. 13 weist auf diese Besonderheit strafrechtlicher Begriffsbildung hin.

5) Für die strafrechtliche Zurückführung der Begriffe aus anderen Rechtsgebieten nimmt Bruns, a.a.O. S. 309 eine Ausweitung der Begriffe ins Tatsächliche an.

Die Erfüllung dieser dem Gesetzesanwendenden angetragenen Aufgaben fällt ihm umso leichter, je größer seine persönliche Entscheidungsfreiheit ist. Damit stellt sich die Frage, ob die Konkretisierung eines Tatbestandsmerkmals im Rahmen einer Ermessensentscheidung, im Wege einer Lückenergänzung oder sogar durch Rechtsschöpfung vorzunehmen ist.

1. Rechtsfindung durch Rechtsschöpfung

Die gesetzliche Bestimmtheit der Straftatbestände erfährt einen bis in die Prinzipien der Gewaltenteilung hineinragenden Funktionswandel, wenn die Ausfüllung von Normenkomplexen durch die subjektive Wertung des Richters vorzunehmen ist. Die Auswirkungen einer solchen Interpretation erfordern ein näheres Eingehen auf diese hauptsächlich von Seel ¹⁾ vertretene Auffassung.

Seel untersucht zunächst das Verfahren, mit dem der Richter die deskriptiven Tatbestandsmerkmale anwendet ²⁾. Größere Bedenken hinsichtlich der Gesetzesbestimmtheit könnten bei diesen Merkmalen nicht auftauchen. Ihr Inhalt und Umfang sei durch eindeutige, gesetzliche Werturteile vertypt, und der Richter habe diese Werturteile nur durch auslegende Sinndeutung zu ermitteln ³⁾.

1) Seel, Unbestimmte und normative Tatbestandsmerkmale insbes. S. 45 ff.

Eine noch weitergehende Methode der Rechtsfindung vertritt Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, der das richterliche Rechtsgefühl als entscheidend ansieht. Gegen ihn treffend Engisch, Einführung, S. 49 ("Psychologismus in Reinkultur") und Grünhut, Frank-Festgabe I, S. 20 ff.

Eine rechtsschöpfende Tätigkeit des Strafrichters bejahen ausdrücklich nur ausnahmsweise Heinitz, Berliner Festschrift für Hirsch, S. 58 ("notfalls") und Less, Vom Wesen und Wert des Richterrechts, S. 25.

Engisch, Mezger-Festschrift, S. 152 spricht von einem "schöpferischen" Akt richterlicher Wertung bei subjektiv-normativen Merkmalen, verneint an anderer Stelle (a.a.O. und Einführung S. 124, 131) aber ausdrücklich die Möglichkeit einer höchstpersönlichen Entscheidungsfreiheit. Soweit Heck, Gesetzesauslegung, S. 140 bei der Eigenwertung des Richters von einer Rechtsschöpfung spricht, kann dies von vornherein nur Giltigkeit für das Zivilrecht besitzen.

2) Seel, Unbestimmte und normative Tatbestandsmerkmale, S. 35, 36.

3) Seel, a.a.O. S. 35, 38.

Bei den normativen Merkmalen dagegen sei ein ergänzendes Werturteil nötig, das in unproblematischer Weise bei Wertungen aus dem Rechtsgebiet und der allgemeinen Verkehrsanschauung gewonnen werde ¹⁾. Verlange das Strafgesetz aber Entscheidungen auf weltanschaulichem oder ethischem Gebiet, so finde der Richter keine eindeutigen Wertungen in der Gesellschaft vor ²⁾. In noch weiterem Umfang seien sogar diejenigen Merkmale unbestimmt, bei denen der Wertmaßstab eine Abgrenzung zwischen strafbarem und straflosem Handeln nicht ermögliche. Als Beispiele werden u.a. genannt: Die Merkmale "sittliches Wohl eines Kindes" in § 170 d, "aus sonst niedrigen Beweggründen" in § 211, "gegen die guten Sitten" in § 226 a, "verwerflich" in §§ 240, 253 und "grober Unfug" in § 360 Nr. 11 ³⁾.

Der Richter könne bei den ethischen Werturteilen nicht auf das Naturrecht zurückgreifen, auf oberste Verfassungsgrundsätze oder wie der Bundesgerichtshof auf ein absolutes Sittengesetz ⁴⁾. Die Anschauungen der Mehrheit in der Gesellschaft oder eines Teiles, auch "die Auffassung aller anständigen Menschen" lieferten keinen zuverlässigen Maßstab. Es bleibe dem Strafrichter keine andere Wahl, seine Entscheidung auf subjektiver Grundlage, im Wege der Rechtsschöpfung zu finden. Der Richter trete hierbei an die Stelle des Gesetzes und schaffe praeter legem neues Recht ⁵⁾.

Liegt dieser Deduktion Seels noch eine gewisse Notwendigkeit zugrunde, die Stellung des Richters aus praktischen Gründen auf eine funktionsneue Plattform zu heben, so gerät sein Vorhaben, den theoretischen Unterbau aus einer "modernen" Interpretation des Art. 103 Abs. 2 GG zu bilden, in den Bereich spekulativer Verfassungsauslegung.

1) Seel, a.a.O. S. 40.

2) Seel, a.a.O. S. 47.

3) Seel, a.a.O. S. 48. Siehe dort die weiteren Beispiele.

4) Seel, a.a.O. S. 41 ff.

5) Seel, a.a.O. S. 45, 63, 72.

Die These, einige normative Merkmale würden den Richter zur Rechtsschöpfung zwingen, weil die Strafbarkeit teilweise nicht "gesetzlich bestimmt" sei ¹⁾, steht im Widerspruch zum Wortlaut des Art. 103 Abs. 2 GG. Zwei Lösungswege bieten sich an, um diese Auffassung in Einklang mit der Tatbestandsgarantie zu bringen.

Mit dem Blick auf den Adressaten der Verbotsnorm, den Gesetzesunterworfenen, könnte ein striktes Festhalten am Verfassungsgrundsatz geboten sein, der gerade keine richterliche Bestimmbarkeit genügen läßt, sondern nur die vorherige gesetzliche Eindeutigkeit.

Andererseits könnten richterliche, pragmatische Gesichtspunkte zu einer notwendigen Einschränkung führen, indem für die unbestimmten Merkmale eine Tatbestandsgarantie nicht mehr für erforderlich gehalten wird, weil der Richter an die Stelle des Gesetzes trete.

Den letztgenannten Lösungsweg hat Seel beschritten. Die "utopisch" anmutende Forderung nach Entfernung von über einem Dutzend Tatbeständen ²⁾, wollte man am Grundsatz "nullum crimen sine lege" im herkömmlichen Sinn festhalten, zwingt zu einer Berücksichtigung strafrechtsdogmatischer und kriminalpolitischer Erkenntnisse. Insbesondere das Menschenbild des Grundgesetzes, das auf einen "Menschen in der Gemeinschaft" abstelle ³⁾, müsse die Auslegung des Art. 103 Abs. 2 GG beeinflussen. Maßgebend sei nicht mehr die herkömmliche Gesetzesgebundenheit, sondern in zweifelhaften Fällen das "überragende Interesse des Gemeinwohls" ⁴⁾. Die auf eine "Gesetzes"-bestimmtheit zielende Auslegung sei überholt und sogar

1) Seel, a.a.O. S. 63 weist ausdrücklich auf diese Formulierung hin. Die Beschränkung auf das Urteil einer teilweisen Unbestimmtheit ist aus seiner Auffassung zu erklären, die gesetzlichen Begriffshüllen verwiesen den Richter auf einen (generell bestimmten) Wertkomplex, aus dem dieser dann rechtsschöpfend einen bestimmten Wertmaßstab herausuche (S. 54 ff.).

2) Dazu gehören sämtliche oben auf S. 83 genannten Beispiele sowie die bei Seel auf S. 70, 71 erwähnten Tatbestände.

3) Seel, a.a.O. S. 111.

4) Seel, a.a.O. S. 112.

verfassungswidrig ¹⁾. Die verfassungsgemäß erforderliche Bestimmtheit ergebe sich auch durch Richterrecht ²⁾.

Soweit Seel in der vom Bundesverwaltungsgericht entwickelten Lehre vom allgemeinen Gemeinschaftsvorbehalt ein Regulativ und in grundgesetzlichen Entwicklungen eine Stütze zu finden glaubt, wird hierauf ausführlich einzugehen sein. Im Augenblick interessiert allein die Frage, ob unter der Herrschaft des Art. 103 GG in seiner jetzigen Fassung die Methode der Rechtsschöpfung einen Begriff zu bestimmen vermag.

In dem Unternehmen, mit Hilfe von kriminalpolitischen Erwägungen und gesellschaftlichen Entwicklungstendenzen ³⁾ den Wortlaut eines Verfassungsgrundsatzes zu durchbrechen, werden Gesichtspunkte zur Interpretation angeführt, die üblicherweise de lege ferenda zu berücksichtigen sind. Daher vermögen Seels Ausführungen mehr Einblicke in die Gestaltung des zukünftigen Verhältnisses von Richter und Gesetz zu vermitteln als zur Interpretation der gegenwärtigen Garantiefunktion eines Gesetzes beizutragen.

Die Auslegung, "gesetzlich" bestimmt bedeute unter Umständen auch "durch den Richter bestimmt", setzt sich über alle verfügbaren Auslegungsmethoden hinweg ⁴⁾: Dem verfassungsrechtlichen Sprachgebrauch ist an keiner Stelle zu entnehmen, die richterliche Funktion sei in der gesetzlichen mitenthalten. Der historische Zusammenhang, der Wortlaut und der Zweck der Grundrechtsregelung weisen auf die Vorstellungen im Verfassungsgefüge hin, das Gesetz solle im Mittelpunkt dieser Rechtsgarantie stehen, nicht der

1) Seel, a.a.O. S. 118.

2) Seel, a.a.O. S. 121.

3) Seel, a.a.O. S. 107, 108 setzt diese "größeren Zusammenhänge", in die das Problem einer Interpretation von Art. 103 GG eingebettet sei, an den Anfang.

4) vgl. auch die ablehnende Haltung von Lenckner, JuS 1968, 249 (252).

Richter und nicht die vollziehende Gewalt ¹⁾. Die systematischen Zusammenhänge innerhalb des Grundgesetzes lassen mit Gewißheit erkennen, daß in der Dreiteilung der Gewalten kein bloß formales Prinzip enthalten ist, das eine beliebige Über- oder Unterordnung und somit einen Austausch der Gewaltenfunktion gestattet ²⁾.

Art. 20 Abs. 3 GG schließt jede andere Deutung aus.

Die methodischen und inhaltlichen Bedenken gegenüber den Ausführungen Seels sind noch gravierender.

Roxin ³⁾ hat bereits auf die Ausweglosigkeit der strittigen Annahme hingewiesen, das Problem der Erkennbarkeit sei bei bestimmten, sich auf die Sittenordnung beziehenden Begriffe prinzipiell gleichgelagert. Die Eigenart jedes Normbereichs und Fachgebiets ⁴⁾ zwingt zu gesonderten Bestimmtheitsanforderungen. Die spezifische Normenstruktur entzieht sich pauschalierenden Maßstäben.

Die Folgen einer Nichtbeachtung dieser Einsicht sind an Seels Ergebnissen abzulesen. Am allgemeinen Kriterium des Gemeinschaftsvorbehalts gemessen, kommt er zu dem Schluß, sowohl das Merkmal

-
- 1) Vgl. zum inhaltlich gleichbedeutenden Art. 116 WeimRV Anschütz, Komm. 14 Aufl. 1933, Bem. 4 zu Art. 116; zur Bindungswirkung des Art. 103 Abs. 2 GG im Hinblick auf die gesetzliche Bestimmtheit s. u.a. Hamann, Art. 103 Anm. A 3; Maunz-Dürig, Art. 103 Rdnr. 112; ausführliche Hinweise auf die Entstehungsgeschichte des Art. 103 GG finden sich bei Holtkotten, Bonner Komm. Art. 103.
 - 2) Wernicke, Bonner Komm. Art. 20 Anm. II 2 g ("... die in drei verschiedenen Funktionen materiell differenzierte Staatsgewalt ..."). Zum Thema der Gewaltenteilung muß auf die staatsrechtliche Literatur verwiesen werden, vgl. insbes. die Hinweise bei Wernicke, a.a.O. zu Art. 20.
 - 3) Roxin, JuS 1964, 373.
 - 4) vgl. in diesem Zusammenhang die Arbeit von Bruns, Befreiung, insbes. S. 309: Die Zurückdrängung zivilrechtlicher Bedeutungen sei das sichtbarste Zeichen der Methode, aufgrund spezifisch strafrechtlicher Betrachtung, den "Beziehungscharakter" als das entscheidende Kriterium herauszustellen, welches allein zur eindeutigen Begriffsfestlegung führe.

"aus niedrigen Beweggründen" in § 211 StGB ¹⁾ als auch der "grobe Unfug" in § 360 Nr. 11 StGB ²⁾ seien in ihrer unbestimmten Tatbestandsfassung aus überwiegenden Gründen des Gemeinwohls und der Gerechtigkeit zwingend erforderlich. Aus der offensichtlichen Unmöglichkeit, die Durchbrechung des Verfassungsgrundsatzes auf diese Weise zu begründen, resultiert das Unvermögen Seels, die überwiegenden Interessen der Gemeinschaft und der Gerechtigkeit im Einzelfall zu nennen ³⁾.

Die methodische Gleichbehandlung verschiedenartiger Regelungsmaterien ist darüber hinaus mit inhaltlichen Folgen belastet, bei denen die pauschale Anerkennung richterlicher Rechtsschöpfungsbefugnis mit einer außerordentlichen Grundrechtsverengung verknüpft ist. Ersetzt in zweifelhaften Fällen der Richter das Gesetz durch seine persönliche Stellungnahme, so löst sich die Tatbestandsgarantie insofern auf, als in einem circulus vitiosus der Richter über das Vorliegen eines eindeutigen Gesetzes entscheiden oder zur Annahme gelangen kann, der Gesetzgeber habe sich "im Grunde einer umfassenden, eigenen Regelung enthalten" ⁴⁾. Die gesetzgeberische Lücke wird dann wieder durch richterliche Rechtsschöpfung *praeter legem* ausgefüllt.

Eine Rechtsfindung durch Rechtsschöpfung ist bei näherer Betrachtung schon begrifflich ausgeschlossen. Strafrechtsbegründende Rechtsquelle ist allein das Gesetz, nicht das Richterrecht ⁵⁾.

1) Seel, a.a.O. S. 136.

2) Seel, A.a.O. S. 137.

3) Die Neufassung des Mordtatbestandes in § 135 des Entwurfs 1962, in der die "niedrigen Beweggründe" als zu unbestimmt gestrichen wurden (Amtl. Begr. S. 272), bezeichnet Seel als "unglücklichen Rückschritt zum Gesetzespositivismus" (a.a.O. S. 136).

4) Seel, a.a.O. S. 48.

5) Die h.L. erkennt neben dem Gesetz nur noch das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle an; vgl. statt vieler Maurach, AT S. 67 ff. Eine Anerkennung des Richterrechts findet sich lediglich bei Dahm, Deutsches Recht, S. 35, 36; Less, Richterrecht, S. 66. Die Kompetenz des Gesetzgebers, zweifelhafte Fragen zu entscheiden, ist, wie Heinitz, Berliner Festschrift, S. 59 hervorhebt, unbestreitbar; thema probandum bei den Zweifelsfällen im Bereich der Sitte und des Anstandes bleibt, ob der Gesetzgeber hier eine nachvollziehbare Entscheidung tatsächlich getroffen hat.

Aus der zu Recht hervorgehobenen fragmentarischen Natur des Strafrechts ¹⁾ folgt, daß die Grundlagen einer Strafbarkeit nicht, wie Seel meint, praeter legem aufzufinden sind. Wenn Seel der Rechtschöpfung die Funktion beimißt, der Richter schaffe mit ihr "etwas Neues, etwas noch nicht im Gesetz vorhanden gewesenes" ²⁾, so nimmt dies für das Strafrecht die Charakterisierung der Rechtserfindung, nicht der Rechtsfindung an.

Die Aufgabe der gesetzlichen Bestimmtheit führt zu weiteren, gefährlichen Konsequenzen. Denn mit der von Seel hervorgehobenen freiwilligen, ins Belieben der Gerichte gestellten Anerkennung der Autorität der Obergerichte, könnten die Richter zumindest der unteren Instanzen praktisch nach ihren persönlichen und ethischen Bindungen entscheiden ³⁾. Die in der Verfassung postulierte Bindung des Richters an das Gesetz verflüchtigt sich damit in die Vielzahl richterlicher Stellungnahmen.

Schließlich führt die Anerkennung rechtsschöpfender, strafrichterlicher Tätigkeit zu einem unlösbaren Konflikt mit dem Rückwirkungsverbot. Das der Rechtsschöpfung innewohnende Moment der Aktualisierung schließt die vorherige Bestimmtheit eines Tatbestandes aus.

-
- 1) BVerfG 6, 389 (433): "Der Gesetzgeber ist zu besonderer Zurückhaltung verpflichtet, wenn es sich um einen Eingriff durch ein Strafgesetz handelt ..."; ebenso BayVerfGH VerwRspr. 3, 145 (150); Hamann, Grundgesetz und Strafgesetzgebung, S. 50; Roxin, JuS 1966, 377 (382); Württenberger, Die geistige Situation, S. 68; Peters, Grundfragen der Strafrechtsreform, S. 35; H. Mayer, Gutachten, S. 259; Sax, Grundzüge, S. 930.
 - 2) Seel, a.a.O. S. 53; auch Heinitz, Berliner Festschrift, S. 58 sieht es als - allerdings notrechtliche - Aufgabe des Richters an, "das Recht fortzubilden".
 - 3) Selbst Seel, a.a.O. S. 59 spricht in diesem Zusammenhang von einem Richterrecht, dem eine "starke Unsicherheit" anhängt.

Nur wenn vor der Entscheidung des Einzelfalls Inhalt und Umfang eines Merkmals sich herausgebildet hätten ¹⁾ und der Richter sich hieran gebunden fühle ²⁾, ist nach Seel die Strafbarkeit durch Rechtsprechungskriterien im voraus bestimmt. In der großen Zahl der übrigen Fälle entscheide der Richter erst mit der persönlichen Stellungnahme, ob überhaupt eine strafbare Handlung vorliege ³⁾.

Mit einigem Recht ließe sich bei einer solchen Auffassung mit Dürig sagen, der konkrete Angeklagte müsse an der Wirksamkeit des Art. 103 Abs. 2 GG irre werden ⁴⁾. Die Ursache für die Auflösung der Tatbestandsgarantie in bloße richterliche Bindung liegen in der einseitigen Ausrichtung auf die Funktion des Gesetzesanwendenden und in der Nichtbeachtung des Schutzbedürfnisses des Gesetzesunterworfenen.

Im Mittelpunkt der Grundrechtsverwirklichung steht jedoch die Garantiefunktion des Gesetzes. Mit einer rechtsschöpferischen Strafbarkeitsgrundlage wird ein Gesetz nicht bestimmt. Der Akt der Rechtsschöpfung setzt erst Recht.

2. Rechtsergänzung durch Lückenergänzung

Die methodische Verwandtschaft der Lückenergänzung mit der Rechtsschöpfung weist bereits auf deren mangelnde Eignung zur Inhalts-

1) Nach Seel, a.a.O. S. 69 wird sich sogar oft keine rechtsprechende Auslegungsklarheit herausbilden.

2) Seel, a.a.O. S. 69.

3) Seel, a.a.O. S. 69; Henkel, Recht und Individualität, S. 37, meint, "streng genommen" erhalte der Tatbestand bei wertausfüllungsbedürftigen Begriffen seine konstitutive Bedeutung erst nach der Tat durch die richterliche Konkretisierung; ebenso Kielwein, Grundgesetz und Strafrechtspflege, S. 133, zu dem Merkmal der Verwerflichkeit; Schröder, Gutachten zum 41 DJT, S. 69 spricht von der eigentlichen Grenzziehung erst auf der Stufe der richterlichen Wertung.

4) Maunz-Dürig, Art. 103 Rdnr. 112. Dürig zieht diese Folgerung schon bei einem Auslegungswandel innerhalb eines Gesetzes; dagegen Stöckel, Gesetzesumgehung, S. 137.

bestimmung eines normativen Begriffs hin. Soweit überhaupt zwischen Lückenausfüllung und Lückenergänzung unterschieden wird, sind die um die Lückenausfüllung entstehenden Fragen auf die Problematik der Rechtsschöpfung zu beziehen. Diese setzt jene gesetzlichen Leerräume voraus.

Von einer Ergänzung einer Rechtslücke kann dagegen dem Wortsinn nach nur dort gesprochen werden, wo die Lückenhaftigkeit einer Regelung immanent ist und sie daher einer zulässigen Ergänzung bedarf. Diese Bedeutung einer Lückengestaltung ist gegenüber der Rechtsschöpfung durch eine stärkere gesetzliche Bindung gekennzeichnet. Eine vorgezeichnete Regelung soll ergänzt werden ¹⁾, nicht aber sollen eigene Bezugspunkte durch neue Maßstäbe geschaffen werden.

Heck ²⁾ hat in ausführlicher und eigenwilliger Interpretation eine Lückenergänzung schon immer dann angenommen, wenn der Richter eine Begriffsbestimmung mehrdeutiger gesetzlicher Merkmale vornehme. Diese bei fast allen Merkmalen anzutreffende Unklarheit berechtige den Richter zur Eigenwertung, bedinge aber eine stetige Bindung an gesetzliche Werturteile. Außer den gesetzlich geschützten Interessen dürften nur die durch historische Interessenforschung anerkannten, gleichwertigen Gemeinschaftsinteressen berücksichtigt werden ³⁾.

Die Relativität des Nutzens dieser Ausführungen erklärt sich nicht nur aus der von Heck ausschließlich auf das Zivilrecht bezogenen Interessenjurisprudenz. Bedenken bestehen vor allem gegen seine methodisch kaum unterscheidbare Begriffsbestimmung, den Vorgang der Lückenergänzung vom dem der richterlichen Subsumtion zu trennen.

-
- 1) Es ließe sich hierbei auch von Lücken "intra legem" sprechen, vgl. Noll, JZ 1963, 297 (298).
 - 2) Heck, Gesetzesauslegung, S. 107.
 - 3) Heck, a.a.O. S. 130 ff.

Indem Heck dies auch zugesteht ¹⁾, wird die Unterscheidung von Begriffsfeststellung und -anwendung aufgegeben. In diesem Rahmen muß die Lückenergänzung daher als ein von vornherein untaugliches Mittel zur näheren Normkonkretisierung ausscheiden ²⁾.

Die den Widerspruch herausfordernde These, Strafbarkeitslücken seien auszufüllen, hat praktisch kaum Widerhall gefunden.

Grünhut ³⁾ schränkt seine Ablehnung insofern ein, als er echte Lückenprobleme "in strafbegründendem Sinn" verneint. Ungewiß bleibt, wie etwaige unechte Lücken einzuordnen sind.

Engisch ⁴⁾ beschreibt die Lücken als Mängel des positiven Rechts, deren Beseitigung durch Richterspruch erforderlich sei. Er hebt den Unterschied von der Existenz echter Lücken, z.B. der Notstandsregelung bei der Abtreibung, im Verhältnis zur Lückenausfüllung hervor, deren bekannteste Methode die Analogie sei ⁵⁾. Damit weist Engisch auf die formale Funktion der Rechtslücke hin, die noch keinen Aufschluß über ihre inhaltliche Ausfüllung zulasse.

Eine lückenausfüllende Arbeitsweise bedarf jedenfalls erst der weiteren Entscheidung, ob die Lücke im Wege einer Rechtsschöpfung, durch Ermessen oder mittels herkömmlicher Auslegungsmethoden zu beheben sei. Daraus folgt für die augenblickliche Untersuchung, daß das Problem einer Lückenhaftigkeit speziell in den normativen

-
- 1) Heck, Gesetzesauslegung, S. 107; zur Kritik vgl. auch Engisch, Sauer-Festschrift, S. 90 ff.
 - 2) Sax, Analogieverbot, S. 42 Anm. 6 hält eine Lückenausfüllung für generell notwendig bei der wertausfüllungsbedürftigen Tatbestandselementen. Auf die umfangreiche Literatur zum Lückenproblem im allgemeinen kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden, vgl. die ausführlichen Hinweise bei Engisch, Einführung, S. 225 Anm. 153.
 - 3) Grünhut, Frank-Festgabe I, S. 28.
 - 4) Engisch, Einführung, S. 136, 137.
 - 5) Engisch, a.a.O. S. 139, 142.

Bezugsobjekten ¹⁾ nicht weiter zu verfolgen ist: An die Feststellung von Lücken ließe sich keine lückenausfüllende Begriffsfeststellung knüpfen ²⁾.

Eine andere Bedeutung scheint den Meinungen zuzukommen, die eine Lückenergänzung *expressis verbis* nicht erwähnen, deren Konsequenzen sich jedoch sachlich kaum von ihr entfernen.

Die Annahme eines teilweise gesetzessfreien Raumes liegt solchen Auffassungen zugrunde wie: Im Tatbestand sei die Wertung bei den normativen Merkmalen teilweise unvollständig ³⁾, oder: Der Gesetzgeber habe bei ihnen eine Blankettwertung vorgenommen, deren Ausfüllung fremden Instanzen zukomme ⁴⁾, oder: Nach dem fertig ausgelegten Gesetz werde der Richter an einen außerrechtlichen Normenkomplex verwiesen ⁵⁾. In allen diesen Fällen sei daher ein ergänzendes Werturteil erforderlich. Nach Hedemann ⁶⁾ erscheinen speziell die Generalklauseln als ein Stück offengelassener Gesetzgebung, weil die gesetzgeberische Arbeit nicht zu Ende gedacht worden sei. Welzels ⁷⁾ offenen Tatbeständen soll die Eigenart anhaften, durch Tatbestandsergänzung vervollständigt zu werden. Schröder ⁸⁾ bestätigt ungewollt die Feststellung von Engisch, die bekannteste Methode der Lückenausfüllung sei die Analogie ⁹⁾, indem er den freien Raum für den Richter bei den Generalklauseln als "antizipierte Analogie" bezeichnet. Dabei soll die Einschränkung in Gestalt der Antizipation wesentlich sein für die Zulässig-

-
- 1) Zu Recht verneint Engisch, Einführung, S. 137, das Vorhandensein lückenhafter Regelungen in den normativen Begriffen; an anderer Stelle spricht er ihnen sogar lückenhindernde Funktion zu, vgl. Rechtslücke, S. 85, 88.
 - 2) Bei der Frage möglicher Strafbarkeitslücken ist im besonderen wieder die fragmentarische Natur des Strafrechts zu berücksichtigen, vgl. oben S. 88 Anm. 1).
 - 3) Wolf, RG-Festgabe Bd. V, S. 54.
 - 4) Bruns, Befreiung, S. 316.
 - 5) Seel, S. 42.
 - 6) Hedemann, Generalklauseln, S. 58.
 - 7) Welzel, Lb, S. 46, 51, 79.
 - 8) Schröder, Gutachten zum 41 DJT, S. 62.
 - 9) Engisch, Einführung, S. 142.

keit der Analogie, nicht für deren Wirkung.

Aus diesen in versteckter Form auf Lückenausfüllungen hinweisenden Deutungen sind keine neuen Aufschlüsse zu gewinnen. Wird mit dem ergänzenden Werturteil tatsächlich auf einen gesetzlich nicht geregelten Bereich Bezug genommen, gelten die gleichen Bedenken wie gegenüber der Annahme eines rechtsschöpferischen Richterspruchs. Ist dieses Urteil nur auf die Regelungsnotwendigkeit bei einer normativen Sinnerschließung zu reduzieren, kann daraus wie bei den lückenergänzenden Verweisungen kein inhaltlicher Maßstab zur Feststellbarkeit hergeleitet werden.

3. Gesetzliche Bindung und richterliches Ermessen

Überblickt man die Stellungnahmen zur Konkretisierung der normativen Merkmale, so steht die Annahme eines Ermessens weit häufiger im Vordergrund als die rechtsschöpferische oder lückenergänzende Lösung.

In der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs finden sich keine Hinweise auf ein dem Richter zustehendes Ermessen ¹⁾. Dieses Schweigen beruht jedoch weniger auf einer sachlich gerechtfertigten Ablehnung. Vielmehr erreicht die Rechtsprechung mit der dem Richter übertragenen Befugnis, im Einzelfall anstelle des Gesetzgebers zu werten ²⁾, eine mindestens ebenso breite Grundlage zur Begriffsausfüllung.

Im Schrifttum sind die Ansichten geteilt. Ein Ermessen des Strafrichters im Sinne öffentlich-rechtlicher Begründung, verstanden als Wahlmöglichkeit unter verschiedenen Entscheidungsrichtungen

1) Die Stellungnahme des Reichsgerichts in Bd. 69, 58 (62), in der ein Ermessen zur Ausfüllung des Untreuetatbestandes bejaht wird, ist wohl kaum als allgemeine Meinung zu interpretieren.

2) BGHSt 2, 192 (195); vgl. zu dieser Ansicht der Rechtsprechung oben S. 66 ff.

mit gleichem Rang und gleicher Berechtigung, wird von keiner Seite befürwortet. Über diese pauschale Ablehnung hinaus wird so gut wie keine nähere Präzisierung unternommen, worauf sich diese Rechtsfindungsmethode stützt und welcher Umfang ihr einzuräumen ist ¹⁾.

Beling ²⁾ sieht den Anfangspunkt richterlichen Ermessens dort, wo gesetzgeberische Unbestimmtheit Platz greife. Die Eigenschaften eines unbestimmten Tatbestandsmerkmals und das Maß seiner Ausfüllbarkeit bleiben ungeklärt.

Grünhut ³⁾ leitet aus dem Gegensatz zwischen spezifisch juristischen und allgemeinen normativen Tatbestandsmerkmalen die Folgerung her, einmal könne der Richter den Bewertungsmaßstab aus systematischen Zusammenhängen entnehmen, zum anderen sei er auf freies Ermessen angewiesen. Die freie richterliche Überzeugung verflüchtige sich bei den allgemeinen Werturteilen zuweilen in eine bloße innere Haltung des Richters. Die von Grünhut als gesetzliche Ermächtigungsgrundlagen herangezogenen Vorschriften (§§ 279, 529 Abs. 2, 534 Abs. 2 ZPO) sind jedoch in eindeutiger Weise auf die Parteienmaxime im Zivilprozeß zugeschnitten und für das materielle Strafrecht unanwendbar. Inwiefern dem Richter in den übrigen Fällen "unausgesprochenerweise" ⁴⁾ Ermessen zuerteilt werde, bleibt unbegründet.

Der vielfältige Sinn des Ermessens, wird er für die strafrechtliche Arbeitsweise nutzbar gemacht, tritt in den Ausführungen von

1) In der ausführlichsten Darstellung zum Ermessen des Strafrichters (Drost, Das Ermessen des Strafrichters, insbes. S. 29, 72) stößt die dort vertretene Ansicht zu Recht auf Widerspruch, da die Lehre vom sog. Tatbestandsermessen praktisch keinen Unterschied mehr zum öffentlich-rechtlichen Ermessen erkennen läßt; vgl. vor allem die Kritik von Warda, Dogmatische Grundlagen. S. 24 ff. mit weiteren Nachweisen.

2) Beling, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 15, 14 (32); ähnlich Mannheim, Beiträge zur Revision, S. 148.

3) Grünhut, Begriffsbildung, S. 6, 7, 23.

4) Grünhut, a.a.O. S. 7.

Mezger zutage. Mezger ¹⁾ billigt dem Richter ein ausschließlich subjektives Ermessen zur Ausfüllung der subjektiven Wertungsdelikte zu. Bereits die anschließende Einschränkung, im strengen Sinn komme allen Wertungsdelikten eine subjektive Beimischung zu, weist auf eine andere Bedeutung des Ermessens hin. In den Mittelpunkt seiner Betrachtung über die normativen Tatbestandsmerkmale stellt Mezger deren Eigenschaft, auf gegebene Normenkomplexe zu verweisen, an denen der weitere Wertungsakt des Richters zu messen sei ²⁾. Daher erscheint der Gebrauch des Begriffs "Ermessen" bei ihm mindestens mißverständlich ³⁾ und näherer Erklärung bedürftig.

Class ⁴⁾ sieht die in den Generalklauseln enthaltene Ermessensregel als deren wesentliche und typische Eigenschaft an. Die richterliche Entscheidung entbehre objektiver Schlüssigkeit, da bestimmte subjektive Wertvorstellungen nicht auszuschalten seien. Die Mehrdeutigkeit der Generalklausel führe dazu, dem Ermessensakt die Qualität einer Rechtsfindungsmethode zu versagen ⁵⁾. Class folgert, die Generalklauseln stünden in unaufhebbarer Konflikt mit der Idee und der Wirklichkeit des in § 2 StGB in seinen Voraussetzungen ungenau formulierten Rechtsstaatsprinzips ⁶⁾. Damit wird die Frage der Zuverlässigkeit des Ermessens in eindeutiger Weise verneint. Ungewiß bleibt lediglich in welchem Umfang die seiner Meinung nach gesetzeswidrigen, subjektiven Wertvorstellungen strafrechtlichen Begriffen außerhalb der Generalklauseln zugrunde liegen. Die Charakterisierung der Klauseln als "Bezugnahme oder Verweisung auf Bereiche außerhalb des Rechts liegender Tatsachen ⁷⁾ oder Bewertungen ⁸⁾" führt die Ähnlichkeit mit den normativen Merkmalen im herkömmlichen Sinn vor Augen. Konsequenterweise wäre bei deren

1) Mezger, Traeger-Festschrift, S. 229.

2) Mezger, a.a.O. S. 217.

3) Teilweise dient die Erwähnung des Ermessens durch Mezger an dieser Stelle als Bestätigung für erheblich abweichende, eigene Meinungen, vgl. Seel, a.a.O. S. 45 Anm. 45.

4) Class, Eb.Schmidt-Festschrift, S. 132.

5) Class, a.a.O. S. 124.

6) Class, a.a.O. S. 135, 138.

7) Die von Class, a.a.O. S. 125 aufgezählten Generalklauseln sind ausschließlich bewertender Art, so daß es richtig heißen müßte: Tatsachen und Bewertungen.

8) Class, a.a.O. S. 123.

rein subjektiven Wertausfüllungen gleichfalls von einem unzulässigen Ermessen auszugehen.

Die behauptete Notwendigkeit eines Ermessens verdichtet sich schließlich zur methodischen Voraussetzung, wenn davon ausgegangen wird, der Gesetzgeber habe Ermessensbegriffe im Tatbestand z.T. ausdrücklich aufgestellt ¹⁾.

Die dem verwaltungsrechtlichen Ermessensbegriff anhaftende Unvereinbarkeit mit der strafrechtlichen Garantiefunktion des Tatbestandes veranlaßt manche Befürworter, die für das Strafrecht notwendigen Einschränkungen hervorzuheben oder die Andersartigkeit der Rechtsgebiete zu betonen.

H. Mayer ²⁾ will den Bestimmtheitsgrundsatz in strengster Weise durchgeführt wissen und hält aus diesem Grund mehrere Tatbestände für verfassungswidrig. Gleichwohl bejaht er ein Ermessen des Strafrichters in der Auslegung, will es aber engeren Bindungen als im Zivilrecht unterwerfen ³⁾. Welcher Auslegungsspielraum in positiver Hinsicht übrigbleibt, erklärt er nicht.

Auch Schröder sieht dem Ermessen bei den Strafbarkeitsvoraussetzungen enge Grenzen gesetzt. Seine Beispiele vermitteln aber eher den entgegengesetzten Eindruck ⁴⁾. Die Feststellung unbestimmter Rechtsbegriffe (Vorsatz, Fahrlässigkeit, Beleidigung) vollziehe sich teilweise durch eine individuell-richterliche Wertung, die einem Ermessen im engeren Sinn sehr nahekomme. Das Postulat einer einzig statthaften Auslegung bleibe hierbei noch mit gewisser Berechtigung

-
- 1) Vgl. u.a. Schröder, Gutachten zum 41. DJT, S. 71; Schuppenies, S. 19; Class, Eb. Schmidt-Festschrift S. 132.
 - 2) H. Mayer, Gutachten, insbes. S. 269 ff.; auf die einzelnen Tatbestände wird im dritten Abschnitt dieser Arbeit einzugehen sein.
 - 3) H. Mayer, a.a.O. S. 272.
 - 4) Schröder, Gutachten zum 41. DJT, S. 62 ff.

gewahrt ¹⁾. Die reinen Wertbegriffe dagegen, zu denen Schröder die "erhebliche Einstellung", "zu schnelles Fahren", "groben Eigennutz", "auffälliges Mißverhältnis" u.a. rechnet, forderten den Richter zu einer individuellen Entscheidung auf. Die Behauptung Schröders, dem Richter sei eine Ermessensentscheidung übertragen, soweit der Tatbestand ausgesprochene Ermessens- oder Wertbegriffe verwende ²⁾, beruht auf einer petitio principii. Sie beleuchtet einmal mehr das Fehlen von Begründungen in der Ermessensliteratur. Bevor nicht für jedes einzelne Merkmal nachgewiesen wird, daß die Schwankungsbreite seiner richterlichen Festlegung rechtlicher und nicht bloß tatsächlicher Natur ist ³⁾, fehlt die Grundlage einer wie auch immer ausgestalteten Annahme einer Ermessensausübung.

Aus der offensichtlichen Schwierigkeit, die Elemente des Ermessens aus dem strafrechtlichen Gesamtgefüge herzuleiten, resultiert die Lückenhaftigkeit der sie kontrollierenden Maßstäbe. Die häufig gebrauchte Wendung, die persönliche Stellungnahme sei allein maßgebend ⁴⁾, läßt nur die Instanzenkontrolle vermuten. Wolf hält sogar emotionale Kriterien für maßgebend, indem er nicht das subjektive Wertwissen zur Auslegung der wertausfüllungsbedürftigen Merkmale als entscheidend betrachtet, "sondern die sich dem für das Recht einsetzenden richterlichen Menschen innerlich offenbarende, objektive Gesinnung der Rechtsgemeinschaft" ⁵⁾.

- 1) Schröder, a.a.O. S. 63; ähnlich Schwinge, Revisionsrecht, S. 116: Mit dem Tatbestandsermessen müsse das "richtige Ergebnis" gefunden werden.
- 2) Schröder, a.a.O. S. 71.
- 3) Auf diesen, wenn auch nur für das Zivilrecht bestimmten Gesichtspunkt macht Westermann, Streitentscheidung, S. 22 aufmerksam.
- 4) Schröder, a.a.O. S. 63; Grünhut, Begriffsbildung, S. 7; Schuppenies, S. 16.
- 5) Wolf, Typen, S. 60; Der Ansicht Wolfs hat sich Schuppenies, S. 19 angeschlossen. Noch ausschließlicher stellt Finger, Strafrecht, S. 460 auf das psychologische Moment ab, indem er in den Werturteilen eine "dumpfe, gefühlsmäßige" Tätigkeit sieht.

Im Rahmen dieser Untersuchung kann nicht im Einzelnen auf die Abweichungen innerhalb der Ermessensliteratur eingegangen werden. Die Vereinbarkeit des Ermessens mit den herkömmlichen Auslegungsmethoden bedarf vor allem ausführlicher, dogmatischer Klärung ¹⁾. Aufmerksamkeit soll allein die Funktion des Ermessens verdienen im Hinblick auf die Ausfüllung eines normativen Merkmals.

Die Argumentation der unterschiedlichen Meinungen läßt sich auf die These reduzieren, richterliches Ermessen sei immer dann einzuräumen, wenn die Feststellung eines Tatbestandsmerkmals besonders schwierig oder ein Begriff in großem Maße unbestimmt sei. Die Annahme eines Ermessens kann sich auf keine ausdrückliche Ermächtigung stützen. Sie ist unausgesprochene Folge einer als notwendig empfundenen Delegation an den Gesetzesanwendenden, begriffliche Leerräume zu füllen. Eine solchermaßen freie Rechtsfindung kann den Widerspruch zum Erfordernis der gesetzlichen Bestimmtheit nur, dann überbrücken, wenn die Notwendigkeit einer persönlichen Stellungnahme zwingend nachgewiesen wird.

Der Versuch, diesen Nachweis in allgemeingültiger Form zu führen, unterliegt den bereits geschilderten methodischen Bedenken ²⁾. Eine bei jedem einzelnen Merkmal vorzunehmende Prüfung muß sich mit den begrifflichen Kriterien auseinandersetzen, die von der Rechtsprechung und Rechtslehre bisher erarbeitet wurden. Gerade in dieser Konsequenz mag die Erklärung dafür liegen, daß der Nachweis einer notwendigen persönlichen Stellungnahme von keiner das Ermessen bejahenden Seite unternommen wurde. Sieht man die bisher gefundenen begrifflichen Merkmale als ausreichende Konkretisierung an, entfällt eine zukünftige, eigene Stellungnahme. Ergibt die Prüfung, daß die Festlegungen weder durch die Rechtsprechung noch

-
- 1) Gegen die Annahme eines Ermessens im Strafrecht haben sich namentlich ausgesprochen Baumann, Ringvorlesung, S. 127; Engisch, Einführung, S. 116; Hamann, Grundgesetz und Strafgesetzbuch, S. 48; Kunert, S. 93, 94; Schweikert, Tatbestandslehre, S. 140 Fußn. 187; Warda, Dogm. Grundl. S. 38.
 - 2) vgl. oben S. 78; Engisch, Einführung, S. 118: Es müsse von Fall zu Fall entschieden werden, ob freies Ermessen eingeräumt sei.

durch die Rechtslehre den gesetzlichen Begriff auszufüllen vermögen, mag daraus zwar die Aufforderung zur eigene Stellungnahme folgen. Diesem Fall kommt aber terminologisch allenfalls die Eigenschaft einer "abweichenden Meinung" zu, er liefert keine Grundlage für eine Ermessenstätigkeit.

Die aus der gegensätzlichen, eigenen Ansicht geborene Notwendigkeit, im Wege des Ermessens vorzugehen, würde überdies die am Anfang gestellte Aufgabe, einen gesetzlichen Leerraum auszufüllen, verfehlen.

Die Eigenart der als Ermessensbegriffe charakterisierten Merkmale erweckt mitunter Zweifel, ob die behauptete Notwendigkeit eines Ermessens nicht von einer Verwechslung der tatsächlichen Feststellungen mit deren rechtlicher Würdigung herrührt.

Bei nahe zu sämtlichen von Schröder ¹⁾ genannten Ermessensbegriffen wird auffallend häufig darauf hingewiesen, eine allgemeine Begriffsbestimmung sei nicht möglich. Die Entscheidung über das Vorliegen des Merkmals könne nur im Einzelfall getroffen werden. Sie müsse tatrichterlicher Würdigung überlassen bleiben (in besonderem Maße finden sich diese Hinweise der Rechtsprechung bei den Merkmalen "wichtiges Glied" ²⁾, "erhebliche Entstellung" ³⁾, "grobe Fahrlässigkeit" ⁴⁾, "auffälliges Mißverhältnis" ⁵⁾, "zu schnelles Fahren" ⁶⁾, "Gefährdung des sittlichen Wohls" ⁷⁾).

Diesen Formulierungen liegt die zutreffende Erwägung zugrunde, zur Erfassung der genannten Wertbegriffe könne zwischen Tatsachen-

1) Schröder, Gutachten zum 41. DJT, S. 71.

2) RG JW 1904, 580 Nr. 14; mißverständlich RGSt 64, 201: Die Grenze zwischen Wichtigkeit und Unwichtigkeit sei durch tatrichterliche Beurteilung zu ziehen.

3) RGSt 3, 391 (392).

4) z.B. RGSt 30, 25 (28); RGSt 52, 330 (331).

5) RGSt 74, 345 (349); 4, 390 (392).

6) RG Urt. v. 10.1.27 - 2 D 123/26.

7) Hinsichtlich des Gefahrbegriffs: RGSt 10, 173 (176); BGHSt 18, 272.

feststellung und Subsumtion nicht mehr mit der üblichen Klarheit unterschieden werden ¹⁾. Am Merkmal der "erheblichen Entstellung" in § 224 StGB tritt diese Unzulänglichkeit deutlich hervor: Eine tatrichterliche Beschreibung liefert nur in beschränktem Maß die Subsumtionsgrundlage für einen Außenstehenden ²⁾.

Im Zusammenhang mit einer Mangelhaftigkeit tatrichterlicher Ausdrucksweise ist jedoch Westermann³⁾ zuzustimmen, der die Schwankungsbreite in der Entscheidung in einem solchen Fall auf die tatsächliche, nicht auf die rechtliche Natur zurückführt.

Angesichts der unbestritten bestimmten und keinerlei richterlichen Spielraum einräumenden Merkmale wird die von Schröder behauptete Notwendigkeit des Ermessens nicht sichtbar.

Zum einen bleibt unerfindlich, warum etwa die Merkmale "wichtiges Glied" ⁴⁾, "erhebliche Entstellung" ⁵⁾ oder "zu schnell fahren" ⁶⁾ einer begrifflichen Feststellbarkeit unzugänglich sind im Gegensatz zu den deskriptiven Merkmalen.

Zum anderen erscheint es widerspruchsvoll, wenn aus dem Fehlen eines Oberbegriffs bereits eine Ermächtigung zum Ermessen abgeleitet wird. Die Feststellung des tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses anhand der Anschauung im konkreten Fall erfordert beim Begriff der Wegnahme in § 242 StGB wie beim Begriff der erheblichen

1) Baumann, Ringvorlesung, S. 127 verneint bei unbestimmten Merkmalen das sonst mögliche, logische Subsumtionsverfahren.

2) vgl. zu diesem Beispiel Engisch, Logische Studien, S. 103 und Warda, Dogmatische Grundlagen, S. 38. Denkt man an die Möglichkeit, die betreffende Entstellung zu fotografieren, so stellt diese Kontrolle des Werturteils die Annahme einer Ermessensentscheidung in Frage.

3) Westermann, Streitentscheidung, S. 22.

4) 5) 6)

Die von der Rechtsprechung und Literatur zu den §§ 224, 315 c Abs. 1 Nr. 2 lit. d erarbeiteten Umschreibungen können ihrem Wesen nach nicht von den Abstraktionen der deskriptiven Merkmale unterschieden werden. Der Schwierigkeitsgrad einer Subsumtion vermag hingegen keinen Wesensunterschied in den Merkmalen zu begründen. Wenn auch nicht in gleicher Häufigkeit, sind Subsumtionszweifel bei deskriptiven wie bei normativen Merkmalen anzutreffen, vgl. oben S. 17, 18.

Entstellung in § 224 StGB eine gleichermaßen persönliche Stellungnahme des Richters. Trotzdem billigt keine Seite den deskriptiven Merkmalen auch nur den kleinsten Ermessensspielraum zu.

Der wahre Grund für die Annahme eines Ermessens dürfte nicht die Begriffsunklarheit sein, sondern die als zu weit empfundene gesetzliche Begriffswahl. Die individuelle Wertentscheidung soll sich als Regulativ eines zu weit gefaßten Begriffs auswirken, indem im konkreten Fall eine Auswahl getroffen wird. Die "in gewissen Grenzen unvermeidbare Urteilssubjektivität" ¹⁾ kann aber nicht als gesetzgeberische Eigenheit gedeutet, die "Polarität" ²⁾ in der Rechtsanwendung nicht als deren Intention aufgefaßt werden.

Ähnlich dem Versuch, mit Hilfe der Auslegung einen zu weiten Begriff zu bestimmen, kommt strafrichterlichem Ermessen die Funktion zu, im konkreten Fall die Grenzen zu ziehen ³⁾. Es soll zwischen strafwürdigem und straflosem Handeln dort scheiden, wo der gesetzliche Begriff vermeintlich noch beide Entscheidungen umfaßt.

Unter der Herrschaft des Art. 103 Abs. 2 GG erweist sich somit die Ausübung eines Ermessens als verfassungswidrige Methode. Richterliche Grenzziehung auf der Ebene des Tatbestandes negiert das Verfassungsgebot gesetzlicher Bestimmtheit. Eine irgendwie geartete Wahlmöglichkeit der Rechtsfindung setzt irgendeinen freien Gesetzesraum voraus. Ist das Gesetz alleinige Rechtsquelle und Voraussetzung der Strafbarkeit, wird mit der Ausfüllung eines weiten Begriffs eine bereits getroffene Entscheidung nachvollzogen. Eine Wertentscheidung, die sich erst in richterlicher Subjektivität vollendet, steht außerhalb der gesetzlichen Festlegung.

Weder die rechtsschöpferische, noch die lückenergänzende, noch die im Wege des Ermessens gewonnene Begriffsfestlegung ist als

1) Warda, Dogmatische Grundlagen, S. 38.

2) Engisch, Mezger-Festschrift, S. 153.

3) Schröder, Gutachten zum 41. DJT, S. 69 zieht diese Folgerung bei den Generalklauseln, sieht darin jedoch keinen Konflikt zu Art. 103 Abs. 2 GG.

geeignete und zulässige Methode anzusehen, die normativen Tatbestandsmerkmale auszufüllen und ihnen bestimmte Konturen zu geben.

Inwieweit die Maßstäbe zur Konkretisierung der Merkmale aus deren Struktur selbst herzuleiten sind, ist im Folgenden zu untersuchen.

4. Die Feststellung des Wertbegriffs

Normative Tatbestandsmerkmale sind bestimmbar, wenn sie in ihrer Eigenart faßbar sind, nämlich in den Verweisungen auf Normenkreise. Mit der Erkenntnis des in Bezug genommenen Normenbereichs und der Möglichkeit, seine Reichweite zu umgrenzen, steht der Begriff als solcher eindeutig fest und enthält ein zuverlässiges Kriterium zur Ausfüllung.

Die der unterschiedlichen Bestimmbarkeit im Einzelfall vorgelagerte Frage zielt auf den Maßstab ab, der der Erkenntnis eines Normenbereichs dienen soll.

a) Maßstäbe zur Werterkenntnis

Die Notwendigkeit, mit dem Verfassungsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG Ernst zu machen, führt dazu, alle Maßstäbe zur Normenausfüllung der Kontrolle zu unterziehen, inwieweit sie auf einer vorhandenen, abgeschlossenen und nachvollziehbaren Werthaftigkeit beruhen.

Zur Ausfüllung von Normenkomplexen bieten sich die vielfältigsten Ordnungsstrukturen an, die philosophischen Gedankengängen oder dem Urteilsvermögen bestimmter Personengruppen entnommen werden können.

So greift z.B. der Gesetzesanwendende im wesentlichen auf naturrechtliche Grundlagen zurück, wenn er auf ein absolutes Sitten-

gesetz abstellt, das "aus sich selbst heraus" gelte. Gleiches gilt, wenn eine unbedingte Wert- und Sittenordnung für maßgebend gehalten wird, deren Verbindlichkeit "auf der vorgegebenen und hinzunehmenden Ordnung der Werte und der das menschliche Zusammenleben regierenden Sollensätze" beruhe ¹⁾.

Zum Teil werden weltanschauliche Auffassungen herangezogen, so bei der Ausrichtung nach der "Anschauung aller verständigen, billig und gerecht denkenden Menschen innerhalb eines Rechts- oder Kulturkreises" ²⁾. Ebenso weltanschaulich verwurzelt ist eine Entscheidung, in der das Gewicht gelegt wird auf die "beiden großen christlichen Konfessionen, aus deren Lehren große Teile des Volkes die Maßstäbe für ihr sittliches Verhalten entnehmen" ³⁾.

Philosophische Erkenntnisse treten in den Vordergrund bei der Einsicht in die "Angelegenheit des Menschen auf sittliche Selbstbestimmung" ⁴⁾ oder in die "natürliche Wirksamkeit ... von Schöpfung und Natur" ⁵⁾.

Als sicherer Maßstab wird weiterhin der "Gesamtinhalt der deutschen Rechtsordnung" ⁶⁾ vermutet. Einschränkend wird andererseits nur solche Normhaftigkeit für bestimmbar gehalten, die aus der gesamten Rechtsordnung "eindeutig objektivierbar" sei ⁷⁾ oder als "gesetzgeberische Wertentscheidung" feststehe.

Auch wird der "Kernbereich" ⁸⁾ von Wertvorstellungen als verlässlicher Maßstab angesehen. Ebenso werden Minimalanforderungen zugrunde gelegt, so daß eine Bestrafung nur bei Vorliegen der "zweifelloso strafwürdigen Fälle" ⁹⁾ gerechtfertigt erscheint. Schließ-

1) BGHSt 6, 46 (52).

2) BGH NJW 1959, 1092; NJW 1962, 162 (163).

3) BVerfG 6, 389 (435).

4) BGHSt 2, 194 (200).

5) BGHZ 8, 243 (248).

6) BGH NJW 1952, 476.

7) insbes. Roxin, JuS 1964, 373 (376, 379); ähnl. Württenberger, Rittler-Festschrift, S. 137.

8) BGHSt 2, 234 (237); Wieacker, JZ 1961, 337 (339): Gebote der elementaren Sittlichkeit.

9) BGHSt 4, 24 (32); Grünwald, ZStW 76, 1 (16): Die Verurteilung dürfe nur auf unumstrittene Normen gestützt werden.

lich wird das im Wege einer soziologischen Erkundigung gewonnene Ergebnis als das entscheidende Kriterium aufgestellt ¹⁾, während andererseits die von der Rechtsprechung erarbeiteten Kriterien maßgebend sein sollen ²⁾.

Besteht über die jeweilige Anwendung dieser Maßstäbe schon keine Einigkeit mehr, so läßt sich eine gesicherte Rangfolge über den Personenkreis, dessen Urteil zum Maßstab normativer Konkretisierungen heranzuziehen ist, noch viel weniger nachweisen.

Die Rechtsprechung stellt zumeist auf die "Anschauung aller verständigen, billig und gerecht denkenden Menschen" ab ³⁾, die in sittlichen Bereichen die Richtschnur darstelle. Entgegen diesem qualitativen Maß steht bei der herrschen Volksmeinung ⁴⁾ die Auffassung der Mehrheit im Vordergrund. Diese kann ihrerseits nach der Meßbarkeit tatsächlich vorgelebter Ordnungsvorstellungen ⁵⁾ oder lediglich postulatorisch erhobener ⁶⁾ unterteilt werden. Ein weiterer Personenkreis wird eingeführt, wenn das Urteil einiger weniger, nach bestimmten Qualifikationen Ausgesuchter entscheidend sein soll: Das Urteil des neutralen Beobachters, des einsichtigen Menschen ⁷⁾, des durch besondere fachliche Fähigkeiten ⁸⁾ Ausgezeichneten oder des der modernen Kunst Aufgeschlossenen ⁹⁾.

Die verwirrende Fülle der Maßstäbe steigert sich noch, denkt man an die Möglichkeit, die verschiedenen Maßstäbe miteinander zu ver-

-
- 1) BVerfG 6, 389 (434 ff.); Kohlrausch-Lange, § 180 Anm. III; Henkel, Rechtsphilosophie, S. 150; Schäfer, LK Anm. II 1 zu §211.
 - 2) KG JR 1965, 392 (393).
 - 3) vgl. die erste Formulierung in RGZ 48, 114 (124); später z.B. BGH NJW 1959, 1092. Ausführl. zur (zivilr.) Entwicklung der Formel Arzt, Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden.
 - 4) Wernicke, Bonner Kommentar, Art. 2 Anm. II 1 b.
 - 5) u.a. Olshausen, Anm. 1 vor § 171; H. Mayer, Strafrechtsreform, S. 112; Roth-Stielow, JR 1965, 210 (211).
 - 6) z.B. BGHSt 6, 46 (52).
 - 7) BGHSt 8, 80 (88): Maßgebend sei der einsichtige und verständige Mensch; vgl. ausführlich Lorenz, Der Maßstab des einsichtigen Menschen.
 - 8) so z.B. Henkel, Mezger-Festschrift, S. 284.
 - 9) vgl. z.B. BGH GA 1961, 240 (241).

binden. Er erscheint sogar unumgänglich zu klären, ob sich etwa ein "Kernbereich" von Wertvorstellungen nach der herrschenden Meinung bemißt oder an den Vorstellungen einiger in sittlicher Hinsicht besonders Gefestigter. Andererseits werden "Sachgesetzhlichkeiten nach Natur- und Schöpfungsordnung" wohl kaum durch herrschende Volksmeinung entschieden.

Die Darstellung der zahlreichen Maßstäbe fördert das Ergebnis zutage, daß diese ausnahmslos zur Konkretisierung des "allgemeinen Sittengesetzes" herangezogen werden. Die erwähnten Maßstäbe wurden am Begriff der "Unzucht", wie er den §§ 174 ff. zugrunde liegt, entwickelt, an den "guten Sitten" in § 226 a und dem Merkmal "verwerflich" in § 240 Abs. 2.

Gleichwohl wäre es verhängnisvoll, von der Gemeinsamkeit der auf den sittlichen Bereich verweisenden Begriffe auf die Identität in den Anforderungen zu ihrer Bestimmbarkeit zu schließen. Ein solches Vorgehen wäre, wie Roxin ¹⁾ ausführt, kausal für das ausweglose Bemühen, Rückgriffe auf die Sittenordnung in Einklang mit dem Bestimmtheitsgrundsatz zu bringen. Die unterschiedlichen Regelungsmaterien im Zusammenhang mit den "unzüchtigen" Handlungen, im Gegensatz zu denjenigen, die "gegen die guten Sitten" verstoßen, unterliegen unabdingbar eigenständiger Meßbarkeit.

Mithin bleibt allgemeiner Betrachtung allein der Fragenkreis zugänglich, ob der zur Erkenntnis eines Normenbereichs herangezogene Maßstab deswegen dem Bestimmtheitsgebot genügt, weil er der ausschließliche und notwendige ist.

Ungeachtet einer solchen Notwendigkeit könnte andererseits der Vorwurf der Unbestimmtheit zutreffen, wenn der Maßstab nicht nachvollziehbare, nicht eindeutige Entscheidungen ermöglicht. Diese Gegensätzlichkeit führt zu der Polarität der Auffassungen,

1) Roxin, JuS 1964, 373.

im Grunde versage die Tatbestandsgarantie bei den unbestimmten Begriffen ¹⁾, und der Ansicht, es sei dort Ernst zu machen mit dem Verfassungsgebot, wo zur Ausfüllung der unbestimmten Begriffe auf keinen eindeutigen Maßstab zurückgegriffen werden könne ²⁾.

An dem Beispiel des vom Großen Senat für Strafsachen zur Ausfüllung des Begriffs "Unzucht" in §§ 180, 181 angelegten Maßstabs der "vorgegebenen und hinzunehmenden Ordnung der Werte" ³⁾ werden diese Konsequenzen sichtbar. Die Erkennbarkeit objektiver und vorgegebener Werte stellt nicht nur ein unlösbares rechtliches, sondern auch ein nicht zu bewältigendes philosophisches Problem dar. Der Große Senat ist ebenfalls außerstande, seine Erkenntnisquellen von der absoluten Sittenordnung mitzuteilen. Es kann daher mit der überwiegenden Meinung der Literatur ⁴⁾ davon ausgegangen werden, daß der von der Rechtsprechung verwendete Maßstab unbestimmt ist, weil seine Herkunft unerfindlich und seine Wirkungsweise unkontrollierbar sind. Bei der Nichtberücksichtigung anderer Maßstäbe ⁵⁾ eröffnen sich lediglich die beiden Möglichkeiten, für den Unzuchtsbegriff eine irgendwie geartete Einschränkung der Bestimmtheitsanforderungen anzunehmen, oder das Tatbestandsmerkmal für unbestimmt zu halten ⁶⁾.

Die Zuspitzung dieser Konsequenzen erhellt die Reichweite der Tatbestandsgarantie. Untrennbar verknüpft mit dem Begriff als solchem ist der Maßstab zu seiner Konkretisierung. Seine Unbestimmtheit bedeutet die Begriffsunbestimmtheit, sofern andere Maßstäbe vorgegeben.

66

- 1) Henkel, Recht und Individualität, S. 38; Seel, S. 67.
- 2) Roxin, JuS 1964, 373 (379); H. Mayer, Strafrechtsreform, S. 47; Lange, Rechtsstaat, S. 72.
- 3) BGHSt 6, 46 (52).
- 4) vgl. u.a. Engisch, Einführung, S. 192, 217; Henkel, Rechtsphilosophie, S. 149; Müller, Normstruktur, S. 95; Heinitz, JR 1954, 403 ff.; Sax, JZ 1954, 474 ff. Woesner, NJW 1964, 1 ff.
- 5) Zur Konkretisierung des Unzuchtsbegriffs vgl. die Untersuchung im 3. Abschnitt.
- 6) Diese Folgerung zieht Knies, Kunstfreiheit, S. 270, für den Fall, daß die Auslegung der Rechtsprechung zugrunde gelegt wird.

Die Argumentation, der unbestimmte Begriff habe eben zwangsläufig einen unsicheren Bewertungsmaßstab zur Folge ¹⁾, stützt sich auf eine zweifelhafte Notwendigkeit. Mit Art. 103 Abs. 2 GG läßt sie sich jedenfalls nicht vereinbaren.

Die Garantiefunktion des Tatbestandes kommt erst dann zum Tragen, wenn ein sicherer und eindeutiger Maßstab zur Begriffsausfüllung bereitsteht. Sie entfällt, wenn der Maßstab, gesetztesnotwendig, unsicher und unscharf ist. In diesem Fall zwingt die gesetzgeberische Begriffsunklarheit nicht zur unbestimmten Meßbarkeit, sondern zur Verwirklichung des Bestimmtheitsgrundsatzes: Das Merkmal kann in keinerlei Hinsicht strafbegründend wirken. Nicht ein Versagen der Tatbestandsgarantie ist die Folge eines ungewissen Maßstabs, sondern die in Art. 103 Abs. 2 GG vorgesehene Verfassungswidrigkeit.

Sowohl die behauptete Existenz unbestimmter Tatbestände als auch die Annahme eines Ermessens sind nicht in Einklang zu bringen mit der Garantie strafrechtlicher Gesetzesklarheit. Unter der Herrschaft des Art. 103 Abs. 2 GG ist allein die Auslegung statthaft, daß "nur eine Entscheidung ... nach der Intention des Gesetzgebers die richtige sein (kann)" ²⁾. Bestimmt ist ein Gesetz nur dann, wenn die mittels der normativen Tatbestandsmerkmale aufgenommenen Normenbereiche die gesetzgeberische Werthaltung erkennen lassen ³⁾. Das Postulat der Gesetzesklarheit fordert Einsicht in das gesetzgeberische Maß.

b) Umfang und Reichweite des Wertes

Mit dieser Abhängigkeit aller Normmaßstäbe ist erst eine Abgrenzung in negativer Hinsicht erreicht. Wenn ein gesetzlicher Begriff weit

-
- 1) Hierzug sind sämtliche Meinungen zu zählen, die aufgrund der Unbestimmtheit eines Begriffs die notwendige, persönliche Stellungnahme und das Ermessen bejahen, vgl. oben S. 94 ff.; vgl. vor allem Drost, Ermessen, S. 28.
 - 2) Engisch, Mezger-Festschrift, S. 152; ähnlich Warda, Ermessen, S. 38, 39.
 - 3) Grünwald, ZStW Bd. 70, 412 (431, 432); Stöckel, Gesetzesumgehung, S. 137; H. Mayer, Gutachten, S. 277.

gefaßt ist und demzufolge eines umfangreichen Maßstabs bedarf, muß der Wendepunkt ausfindig gemacht werden, an dem die Weitläufigkeit unbestimmten Charakter annimmt.

Den Begründungen, der Begriff enthalte das erforderliche "Maß an Bestimmtheit" ¹⁾, oder die Beurteilung danach, "was jeweils noch als ausreichende Tatbestandsbeschreibung anzusehen ist" ²⁾, liegt die zutreffende Erwägung zugrunde, daß die Unbestimmtheit eines Tatbestandes als das Ergebnis einer gesteigerten und individuellen Unsicherheit zu begreifen ist.

Gleichwohl erscheint die Resignation Wardas ³⁾ verfrüht, es sei unmöglich, ein einheitliches und zuverlässiges Kriterium für die Abgrenzung bestimmter Begriffe von unbestimmten zu finden. Nähern sich begriffliche Gegensätzlichkeiten in ihren Grenzbereichen, so ist ihre Eigenart von den Polen her zu begreifen, nicht von den sich deckenden Gemeinsamkeiten. Für die an Maßstäben ausgerichtete Kontrollierbarkeit bedeuter dies: Ein normatives Tatbestandsmerkmal hat einen unbestimmten Ausgangspunkt, wenn die Maßstabhaftigkeit eine Auswahl aus der Weite des in Bezug genommenen Normenkomplexes zuläßt.

Die Verschiedenartigkeit der durch den Bereich von Sitte und Anstand aufzufüllenden Merkmale zwingt bereits zu einer an den Handlungswerten im Tatbestand orientierten Auswahl. So ist z.B. die Bedeutung der "unzüchtigen Handlung" in §§ 74 ff. auf den sittlichen Bereich geschlechtlicher Zugehörigkeit zu verengen, die Verwerflichkeit in §§ 240 Abs. 2, 253 Abs. 2 im Hinblick auf den sozialwidrigen Druck auf die Freiheit der Willensausübung, "gewissenlos" in § 170 c auf die erforderliche Rücksichtnahme im Rahmen einer Hilfspflicht und in § 170 d auf die Fürsorgepflicht innerhalb der

1) z.B. BGHSt 18, 102 (105).

2) z.B. Maurach, BT S. 548.

3) Warda, Ermessen, S. 25.

Erziehung. Fraglich ist dagegen, ob die Merkmale "sittliches Wohl" in § 170 d, "in einer Sitte oder Anstand verletzenden Weise" in § 184 Nr. 3a oder "gegen die guten Sitten" in § 226 a einen Ausschnitt aus dem Bereich von Sitte und Anstand erfassen oder in bedenklicher Weise seinen gesamten Inhalt aufnehmen.

Lassen sich diese Pflichten, Sozial-, Geschlechts- oder anderen Wertbereiche weder mittels naturrechtlicher, philosophischer oder rechtlicher Grundlagen erkennen, noch auf die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, der herrschenden Volksmeinungen oder das Urteil ausgesuchter Personenkreise zurückführen, kann der mehrdeutige Begriff nur durch eine weitere Auswahl aus dem sittlichen Bereich bestimmt werden. Die wahlweise, von Fall zu Fall vorgenommene Aussonderung sittlicher Bereiche wirkt sich dadurch als das Gegenteil einer gesetzlichen Bindung aus.

Die Erkenntnis eines Wertbereichs verbürgt mithin noch keine Garantie der Tatbestandsbestimmtheit. Im Zusammenwirken mit der Begrenzung der Normenausdehnung im Umfang und in der Reichweite kommt man der Verwirklichung des Verfassungspostulats jedoch erheblich näher. Diese zweite Komponente zur Bestimmbarkeit eines Wertbegriffs als solchen enthält das Regulativ gegenüber den die Strafbarkeit erweiternden "ähnlichen" Fällen. Sie garantiert dadurch eine gleichmäßige Rechtsanwendung.

Damit ruhen die Bestimmtheitsfaktoren auf den die Rechtssicherheit im wesentlichen stützenden Pfeilern: Dem Gleichheitsgrundsatz und dem Rechtswertschutz. Ersterer vermittelt den Anspruch auf eine bestimmte und gleichmäßige Rechtsverwirklichung, der zweite setzt die Erkennbarkeit der zu schützenden Ordnung voraus ¹⁾.

Die enge Verzahnung des Bestimmtheits- mit dem Gleichheitsgrundsatz kommt in einigen Urteilen der Rechtsprechung ebenfalls zum Ausdruck. Dort wird sie jedoch nur im Rahmen der mit einer besonderen Funktion versehenen Auslegung hervorgehoben.

1) Ähnl. in allgemeiner Begründung Sauer, Grundlagen, S. 296. Auf den Zusammenhang des Gleichheitsgrundsatzes mit der Voraussetzung bestimmter Gesetze macht insbes. Class, Schmidt-Festschrift, S. 137, 138 aufmerksam.

Das Bundesverfassungsgericht lehnt z.B. die Unbestimmtheit des Merkmals "im politischen Leben des Volkes stehend" in § 187 a u.a. mit der Begründung ab: "Daß verschiedene Gerichte allgemeine Rechtsbegriffe verschieden auslegen können, stellt keine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG dar" ¹⁾. Der Bundesgerichtshof hält bei der Auslegung des Merkmals "Kind" in § 170 d das Kriterium der Schutzbedürftigkeit als "der gleichmäßigen Behandlung der wegen Vergehen gegen § 170 d beschuldigten Personen und damit der Rechtssicherheit abträglich" ²⁾. Diese Folge sei "kaum vereinbar" mit der Forderung nach bestimmten Tatbeständen.

Aus der Befürchtung, mit der Ausdehnung des Tatbestandes gehe die Meßbarkeit der Regelungsmaterie verloren, resultiert das Streben nach einer das Maß der Bestimmtheit garantierenden Gleichbehandlung gleichgelagerter Fälle.

Die Eingrenzung der Wertfeststellung scheint keine Schwierigkeiten zu bereiten, wenn diese mit der Feststellung des verletzten Rechtsguts zusammenfällt.

Diese Sicht erfaßt nicht einmal ausschnittsweise die Fülle der wertbezogenen Merkmale. Sie enthält obendrein nur eine Scheinlösung, was an Beispielen leicht zu erkennen ist: Der Strafgrund in § 184 Nr. 3a wird in der Verhinderung der "Beeinträchtigung des Anstandsgefühls" gesehen ³⁾. Er ist also nahezu identisch mit dem möglichen unbestimmten Begriff "in einer Sitte oder Anstand verletzenden Weise". Das Merkmal des groben Unfugs in § 360 Nr. 11 erfährt im wesentlichen nur eine nähere positive Umschreibung, wenn als Rechtsgut der äußere Bestand der öffentlichen Ordnung, frei von möglichen Belästigungen, festgestellt wird ⁴⁾.

1) BVerfG 4, 352 (358); hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, daß der Beschwerdeführer ausdrücklich nur die Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes gerügt hatte.

2) BGH NJW 1954, 119 (120).

3) vgl. z.B. Schönke-Schröder, § 184 Rdnr. 29.

4) vgl. Maurach, BT S. 490.

Zweifelhafte normative Tatbestandsmerkmale sind außerdem in den Umschreibungen der Ausführungshandlungen enthalten, etwa in den "niedrigen Beweggründen" in § 211, "roh mißhandelt" in § 223 b, "rücksichtslos" in § 315 c Abs. 1 Nr. 2 oder in den besonderen Rechtswidrigkeitsmerkmalen "gegen die guten Sitten" in § 226 a oder "verwerflich" in § 240 Abs. 2.

Die Untauglichkeit einer Eingrenzung im Wege der Rechtsgutserkenntnis folgt aus der nur partiellen Erfassung aller möglichen unbestimmten Merkmale. Vor allem wird die Problematik damit nur verlagert, nicht aber gelöst. Anstelle der unsicheren Merkmale tritt das ungewisse Rechtsgut. In gleichem Maße, in dem ein Merkmal zu weit gefaßt sein kann, vermag dem mit Strafe bewehrten Rechtsgut eine unerträgliche Ausdehnung zugrunde liegen.

Der Umfang und die Reichweite des dem Normenbereich entnommenen Wertbegriffs werden entscheidend von der Tatbestandstechnik bestimmt, mittels abstrakter Begriffe gesetzgeberisch vorgestellte Fallgruppen zu umschreiben ¹⁾. Die Grenzlinien verlaufen dort, wo die kasuistische Fülle keine ungleich gelagerten Fälle aufkommen läßt. Der Übergang von einem bestimmten zu einem unbestimmten Tatbestandsmerkmal vollzieht sich auf der Grundlage ungetrennt gebliebener, verschiedener Normausschnitte. Als deren Folge stellt sich die fehlerhafte Gleichbehandlung ein.

III. Einschränkungen des Bestimmtheitsgrundsatzes

Die kritische Würdigung der von der Rechtsprechung entwickelten Vorbehalte gegenüber der Geltungskraft des Bestimmtheitsgrundsatzes.

Verhältnismäßig selten bemüht sich die Rechtsprechung, dem Art. 103 Abs. 2 GG einen positiven Inhalt zu geben. Demgegenüber stehen umso größere Anstrengungen darzulegen, welche Bedeutung dem Bestimm-

1) vgl. oben S. 77 ff.

heitsgrundsatz nicht zukommt. Damit wird auch in theoretischer Hinsicht die praktische Konsequenz untermauert, den Bereich der Verfassungswidrigkeit durch eine Reihe von Vorbehalten einzuengen.

Da im Grundgesetz keine Vorbehalte oder Einschränkungen des Bestimmtheitsgebots enthalten sind, werden solche auch nicht ausdrücklich behauptet. Die Schwierigkeit besteht vielmehr darin, die versteckten, gleichwohl nicht minder wirksamen Vorbehalte aufzuspüren.

A. Der Vorrang der Strafwürdigkeit

Bei einem ersten Blick über die von der Rechtsprechung herangezogenen Begründungen zur Rechtfertigung der Existenz allgemeiner Tatbestandsmerkmale scheinen sachliche Notwendigkeiten die Grenzen des Bestimmtheitsgebots festzulegen

Das Bundesverfassungsgericht bejahte in einer Entscheidung ¹⁾ die hinreichende Bestimmtheit des Merkmals "im politischen Leben des Volkes stehend" in § 187 a. Als richtungsweisend hat sich die dort vertretene Auffassung herausgebildet: "Auch das Strafrecht kann nicht darauf verzichten, allgemeine Begriffe zu verwenden, die in besonderem Maß einer Deutung durch den Richter bedürfen. Ohne derartige Begriffe könnte der Gesetzgeber der Vielgestaltigkeit des Lebens nicht Rechnung tragen. Sie sind deshalb unentbehrlich."

Der Bundesgerichtshof ²⁾ und die Oberlandesgerichte ³⁾ haben sich dieser Auffassung angeschlossen. In den Urteilen kommt zum Ausdruck, in welchem Maße die Rechtsprechung von den unumgänglichen weiten Tatbestandsfassungen überzeugt ist. Die Aufstellung unbestimmter Generalklauseln wird als unvermeidbar angesehen, weil dies "aus der Natur der Sache" folge ⁴⁾, oder "eine ausführliche Umschreibung des Tatbestandes ... nicht sachdienlich" sei ⁵⁾.

1) BVerfG 4, 352 (358); nahezu wörtlich in der Begründung BVerfG 11, 234 (237).

2) BGHSt 18, 102 (105).

3) KG Berlin JR 1965, 392 (393); OLG Hamm JZ 1966, 648.

4) BGHSt 18, 77 (78).

5) BGHSt 18, 359 (362).

Daß hinter diesen Thesen ein ganzes Programm gesetzgeberischer Aufgaben steckt, ergibt die folgende Überlegung.

Die Feststellung, der Gesetzgeber könne auf allgemeine Begriffe nicht verzichten, ist ebenso richtig wie selbstverständlich. Sie enthält lediglich eine Aussage über das dem kontinentalen Gesetzgebungsverfahren eigene Vorgehen, mittels abstrakter Tatbestände die Strafbarkeit festzulegen. Die weitergehende Rechtfertigung dieses Abstraktionsprinzips mit dem Postulat, der Vielgestaltigkeit des Lebens Rechnung zu tragen, geht von der Voraussetzung aus, das Strafrecht habe vorrangig die Lebenssachverhalte zu regeln. Diese Vorrangigkeit solle zu der Einschränkung zwingen, das Gebot der Bestimmtheit dürfe nicht übersteigert werden ¹⁾, und zu der Einsicht, die Unbestimmtheit der Begriffe habe ihre Ursache in der Natur der Sache ²⁾. Damit werden zwar das Ergebnis und die Eigenart dieses Strafrechtsprogramms mitgeteilt. Dessen Begründung fehlt jedoch.

Ungeklärt bleibt, mit welcher Berechtigung das Strafrecht in umfassender Weise der Vielgestaltigkeit des Lebens Herr werden muß. Roxin ³⁾ mißt beispielsweise mit beachtlichen Gründen dem Strafrecht nur subsidiären Charakter zu. Auch wenn man ihm soweit nicht folgen will, wird man zumindest den fragmentarischen Charakter dieses Rechtsgebiets hervorheben müssen ⁴⁾. Die Schwere der strafrechtrechtlichen Sanktion zwingt zu einer dem Freiheitsentzug oder der Geldstrafe adäquaten Rechtsgutsverletzung und damit zu einer Auswahl aus der Vielgestaltigkeit des Lebens.

Bezeichnenderweise nimmt die Rechtsprechung in keiner Entscheidung eine Abwägung vor, ob das strafwürdige Verhalten bzw. dessen Regelung die unbestimmte Tatbestandsformulierung rechtfertigt.

1) BGHSt 18, 359 (362); BVerfG 14, 245 (248).

2) BGHSt 18, 77 (78).

3) Roxin, JuS 1966, 377 (382).

4) vgl. die auf S. 88 Anm. 1) genannten Autoren; H. Mayer, Gutachten S. 259 spricht von einem Irrtum bei der Auffassung, die Rechtsgüterordnung müsse umfassend geschützt werden.

Offensichtlich wird die gesetzliche Formulierung als Ergebnis einer bereits vorgenommenen Bewertung und Auswahl angesehen.

Obgleich an dieser Stelle die enge Verzahnung von Strafwürdigkeit und Tatbestandsformulierung sichtbar wird, ist das Problem der Tatbestandsbestimmtheit auf einer anderen Ebene angesiedelt.

Der Gesetzgeber mag Rechtsgüter schützen und Verhaltensweisen unter Strafandrohungen stellen, die in erheblicher Weise die Persönlichkeitswerte verletzen und kriminalpolitische Erkenntnisse mißachten: Die gesetzliche Bestimmtheit wird dadurch nicht in Frage gestellt. Erst wenn das Motiv der Strafwürdigkeit eine weite und unbestimmte Tatbestandsformulierung rechtfertigen soll, wenn das Ziel, der Vielgestaltigkeit des Lebens Herr zu werden, die Mittel allgemeiner und flüssiger Begriffe gestatten soll, erst dann ist der Einfluß des Strafgrundes auf die Vereinbarkeit mit der Garantie der gesetzlichen Bestimmtheit hin zu prüfen.

Der Einschränkung des Bestimmtheitsgrundsatzes aus Gründen der Strafwürdigkeit liegt ein tiefgreifender Prinzipienwiderstreit zugrunde.

Zum einen sollen ausdehnungsfähige und unbestimmte Tatbestandsformulierungen eine als strafwürdig vorbewertete Verhaltensweise erfassen. Dieses Streben wurzelt in dem Bemühen, im Einzelfall eine gerechte Entscheidung zu finden.

Demgegenüber fordert das Prinzip der Rechtssicherheit die Tatbestandsbestimmtheit. Nur dort, wo der strafrechtliche Eingriff an zuvor aufgestellten, klar umgrenzten Voraussetzungen meßbar ist, kann das Gesetz seine Schutz- und Ordnungsfunktion erfüllen.

Der aus dem Spannungsfeld zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit erwachsende Konflikt ist nur durch Einordnung in das Gesamtgefüge grundgesetzlicher Entscheidungen zu lösen. Gleiches gilt für die problematische Einschränkung des Bestimmtheitsgrundsatzes, sofern das Verfassungsgefüge auch in diesem Fall strafrechtliche

Konkretisierungen enthält ¹⁾. Dabei sind aus der verschiedenartigen Herleitung der Prinzipien bereits Aufschlüsse über die entscheidenden Schwerpunkte zu gewinnen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts besitzen sowohl der Grundsatz der Rechtssicherheit als auch das Prinzip der Gerechtigkeit im Einzelfall Verfassungsrang ²⁾. Für den Grundsatz der Rechtssicherheit folgt dies unmittelbar aus Art. 103 Abs. 2 GG, der eine "Konkretisierung der rechtsstaatlichen Ordnung" auf dem Gebiet des Strafrechts darstellt ³⁾.

Das Gerechtigkeitsprinzip ist in keinem besonderen Rechtsatz niedergelegt. Als wesentlicher Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips gehört es "zu den im Grundgesetz getroffenen Grundentscheidungen" ⁴⁾. Es stellt eine der Leitideen dar, die "das vorverfassungsmäßige Gesamtbild geprägt haben" ⁵⁾.

Wenn der Verfassungsgeber aus den Bestandteilen des Rechtsstaatsprinzips eine Konkretisierung für ein Sachgebiet vorgenommen hat, so ist damit der Prinzipienstreit auf Verfassungsebene bereits gelöst. Die grundsätzliche Entscheidungsfreiheit ⁶⁾ über die Vorrangigkeit der Gerechtigkeit oder der Rechtssicherheit ist für das Strafrecht eindeutig zugunsten der Rechtssicherheit in Art. 103 Abs. 2 GG aufgehoben ⁷⁾. Verfassungsprinzipien können aber nur dort miteinander abgewogen werden, wo eine verfassungs-

-
- 1) vgl. Hamann, Grundgesetz und Strafgesetzgebung S. 49 ff., der bei seiner Kritik an der Rechtsprechung darauf hinweist, daß die Erfordernisse des Strafrechts dem Verfassungsrecht (Art. 103 Abs. 2 GG) unterzuordnen seien, nicht umgekehrt.
 - 2) BVerfG 7, 194 (196); vgl. auch BVerwG 16, 190 (191); BGHSt 18, 274 (277) ff.).
 - 3) BVerfG 7, 89 (92); BVerwG 10, 282 (287).
 - 4) BVerfG 3, 225 (237).
 - 5) BVerfG 2, 380 (403); 7, 194 (196).
 - 6) Zur Begründung dieser Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers BVerfG 7, 194 (196); 7 89 (92); 3 225 (237).
 - 7) Schönke-Schröder, § 2 Rdnr. 5; ebenso Würtenberger, Rittler-Festschrift, S. 127; Stöckel, Gesetzesumgehung, S. 137; anders Seel, S. 114, jedoch ohne Begründung.

rechtliche Regelung fehlt. Es ist daher bereits methodisch falsch, im betreffenden Tatbestand nochmals eine Abwägung zwischen Verfassungsnorm und Einzelfallgerechtigkeit vorzunehmen ¹⁾.

Die Richtigkeit dieser Auffassung wird durch eine Anerkennung der der Rechtsidee innewohnenden Ziele bestätigt ²⁾. Angesichts des generell erheblichen Eingriffs in die persönliche Freiheit des Einzelnen ist die Frage berechtigt, ob strafrechtliche Gerechtigkeit ohne die rechtssichernde Tatbestandsgarantie überhaupt erreicht werden kann.

Bestimmte Tatbestände garantieren eine gleichmäßige Rechtsanwendung, unbestimmte gefährden sie. Die Möglichkeit, mit weitgefaßten Tatbeständen mehr oder weniger strafwürdige Verhaltensweisen mit Strafe zu belegen, führt zu ungerechten Ergebnissen ³⁾. Insofern ist der Tatbestand, wie Schröder ⁴⁾ es ausgedrückt hat, zugleich ein Instrument der Gerechtigkeit. Unbestimmte Tatbestände verletzen das Gerechtigkeitsprinzip, weil die Rechtssicherheit einen Ausschnitt aus der Gerechtigkeit darstellt ⁵⁾. Einem Widerstreit zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit liegt nach der Formulierung von Radbruch ⁶⁾ in Wahrheit ein Konflikt der Gerechtig-

-
- 1) Dieser Vorwurf trifft auch die von Lenckner, JuS 1968, 249 (305) entwickelte Lösung: Seine als Kompromiß (S. 310) bezeichnete Lösung, den Konflikt zwischen den Belangen der Gerechtigkeit und denen der Rechtssicherheit zu bereinigen, "ebenso wie in anderen Kollisionsfällen ... nach dem Grundsatz des überwiegenden Interesses ...", berücksichtigt nicht die bereits in Art. 103 Abs. 2 GG getroffene Entscheidung. Es handelt sich hierbei gerade nicht um einen üblichen Kollisionsfall.
 - 2) vgl. dazu insbes. Henkel, Rechtsphilosophie, S. 300 und Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 173.
 - 3) vgl. hierzu BGHSt 18, 274 (277), wonach schon der Verdacht ungesetzlichen Strafens als Einbruch in die Gerechtigkeit empfunden wird.
 - 4) Schröder, Gesetz und Richter, S. 9.
 - 5) Radbruch, SJZ 1946, 105 (108).
 - 6) Radbruch, a.a.O. S. 107.

keit mit sich selbst zugrunde, es ist "ein Konflikt zwischen scheinbarer und wirklicher Gerechtigkeit".

Unter der Herrschaft des Grundgesetzes und der Beachtung der dem Recht immanenten Funktion der Friedensbewahrung ¹⁾ kann strafrechtliche Gerechtigkeit nur auf der Grundlage des Bestimmtheitsprinzips "nullum crimen sine lege" verwirklicht werden ²⁾. So notwendig es ist, der Vielgestaltigkeit des Lebens Herr zu werden, so entscheidend kommt es auf die Art dieser Regelung an. Unbestimmte Tatbestände lassen sich nicht rechtfertigen "aus der Natur der Sache" ³⁾ oder aus der Unmöglichkeit, anders dem Leben Rechnung tragen zu können ⁴⁾. Eine solche Argumentation mißachtet die im Gesetz postulierte Rechtssicherheit. Sie verleugnet damit die Sicherungsfunktion des Art. 103 Abs. 2 GG. Nicht strafwürdiges Verhalten schlechthin berechtigt zu einem Eingriff, sondern nur die bestimmte, klar und eindeutig umgrenzte Verhaltensweise.

B. Die Abhängigkeit der Bestimmtheit von der Schwere der Strafandrohung

Die Leitlinien, nach denen sich die Rechtsprechung orientiert, sind noch nicht einmal in groben Umrissen zu erkennen. Die nur punktuell vorgenommenen Konkretisierungen des Bestimmtheitsgrundsatzes erschweren eine kritische Würdigung. Ein Urteil über die vereinzelt geäußerte Ansicht, die Schwere der Strafandrohung beeinflusse, die Bestimmtheit eines Tatbestandes, wird sich daher Zurückhaltung auferlegen müssen.

Das Bundesverfassungsgericht ⁵⁾ stellt bei der Bejahung der Verfassungsmäßigkeit von § 21 StVG die Forderung auf: "Der Gesetz-

1) BVerfG 3, 225 (237).

2) Eingehend Eb.Schmidt, Sache der Justiz, S. 41.

3) vgl. BGHSt 18, 77 (78).

4) vgl. BVerfG 4, 352 (358).

5) BVerfG 14, 245 (251). Derselben Ansicht sind H. Mayer, Gutachten, S. 276 und Schwalm, MDR 1958, 396 (397).

geber muß die Strafbarkeitsvoraussetzungen umso präziser bestimmen, je schwerer die angedrohte Strafe ist".

Derselben Meinung ist offenbar der Große Senat für Strafsachen, indem er eine wertende Auslegung bei den niedrigen Beweggründen in § 211 StGB mit einem Hinweis auf die Tatbestandsgarantie ablehnt. Eine richterliche Wertung zur Feststellung einer besonderen Verwerflichkeit bei den niedrigen Beweggründen gefährde "die klare Abgrenzung des Mordtatbestandes und damit den besonderen Rechtsschutz, den die staatliche Gemeinschaft dem Leben ihrer Glieder als ihrem höchsten Rechtsgut schuldet" ¹⁾.

In der Amtlichen Begründung zum Entwurf 1962 wird eine besonders scharfe Ausprägung der Bestimmtheit bei schwerwiegenden Tatbeständen gefordert. Das Merkmal der niedrigen Beweggründe wird bereits als zu unbestimmt angesehen. Mit ihm sei eine klare Abgrenzung künftig nicht mehr zu erreichen ²⁾.

Die Tendenz der Rechtsprechung ist zu begrüßen, wenigstens bei den schwersten Delikten mit dem Bestimmtheitsgrundsatz Ernst zu machen. Die Differenzierung nach dem Maß der Strafandrohung erscheint jedoch kaum durchführbar und wenig sachgerecht. Mit dem Erfordernis der gesteigerten Bestimmtheit wird auf einen höheren Grad der Präzision abgestellt, obgleich noch nicht einmal Klarheit über die Präzisierung im allgemeinen besteht. Abstufungen nach Bestimmtheitsgraden stellen die kaum lösbare Aufgabe, im Einzelfall festzustellen, ob z.B. die niedrigen Beweggründe in § 211 StGB nur "präzise" oder "präziser" bestimmt sind ³⁾.

Die Betonung des Bestimmtheitsgrundsatzes bei den schwerwiegenden Delikten könnte überdies dazu verführen, bei leichteren Delikten

1) BGHSt 9, 385 (389).

2) Amtl. Begründung, S. 272.

3) vgl. zu dieser Abstufung BVerfG 4, 352 (358).

geringere Anforderungen zu stellen. Die Zulässigkeit allgemeiner Begriffe wurde mit dieser Erwägung bei der Erörterung des § 187 a StGB bejaht ¹⁾. Ebenso wurde der Gebrauch "flüssiger", "formal nicht eindeutig allgemeingültiger" Begriffe anlässlich einer Entscheidung über § 6 Abs. 1 GJS als legitim erachtet ²⁾. "Allgemeinere" Begriffe wurden als sachdienlich bei § 7 Abs. 1 S. 1 StVO angesehen ³⁾ und die Vereinbarkeit "unbestimmter" Begriffe mit Art. 103 Abs. 2 GG bei der Ausfüllung in den §§ 35, 79 RAO BrZ ⁴⁾.

Die Ansicht, das Maß der Strafandrohung habe Einfluß auf die Anforderungen an die Bestimmtheit eines Tatbestandes, findet in Art. 103 Abs. 2 GG ebensowenig eine Stütze wie eine sich bei den geringfügigen Delikten auswirkende Einschränkung des Bestimmtheitsgrundsatzes.

Auch bei Übertretungen kann auf eine exakte Tatbestandsformulierung nicht mit der Begründung verzichtet werden, der strafrechtliche Eingriff wiege von vornherein nicht schwer. Der jeweiligen geringeren oder erheblicheren Rechtsgutsverletzung entspricht die strafrechtliche Folge. Die angedrohte Sanktion wiegt verhältnismäßig gleich schwer. Der qualitativ entscheidende Gesichtspunkt für die Tatbestandsgarantie, die gleiche Behandlung gleichartiger Fälle, gerät bei unbestimmten Übertretungen in demselben Maße in Gefahr wie bei unbestimmten Verbrechenstatbeständen.

C. Die Einschränkung der Tatbestandsgarantie in Grenzbereichen

An einem weiteren Vorbehalt gegenüber der Wirksamkeit des Bestimmtheitsgrundsatzes zeigt sich, wie die Rechtsprechung jede Verfassungswidrigkeit wegen Tatbestandsunbestimmtheit vermeiden kann.

-
- 1) vgl. die berechtigte Kritik von Roxin, JuS 1964, 373 (378) an der Rechtsprechung, z.B. bei der Nötigung auf einen erhöhten Grad sittlicher Mißbilligung abzustellen (BGHSt 17, 328, 332). Nach Roxin enthält dieses Verfahren gleichfalls eine Verletzung der Tatbestandsbestimmtheit.
 - 2) BVerfG 11, 234 (237).
 - 3) BGHSt 18, 361 (362).
 - 4) BGHSt 18, 77 (78).

Der Bundesgerichtshof ¹⁾ räumt die rechtsstaatlichen Bedenken, die bei § 226 a StGB in der Verweisung auf das Sittengesetz liegen, mit der Begründung aus: "Eine derart unbestimmte Vorschrift muß, um in einem Rechtsstaat erträglich zu sein, zugunsten des Angeklagten eng ausgelegt werden. Als Verstoß gegen die guten Sitten kann deshalb in diesem strafrechtlichen Sinn nur das angesehen werden, was nach dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zweifellos kriminell strafwürdiges Unrecht ist".

Eine Verlagerung der Tatbestandsgarantie vom Gesetz auf die Auslegbarkeit nimmt auch das Bayerische Oberste Landesgericht vor. Die Eindeutigkeit des Begriffs "sittliche Wohl eines Kindes" in § 170 d StGB wird mit der Erwägung für gegeben erachtet: "Die Gerichte können sich angesichts des erklärten Willens des Gesetzgebers nicht der Aufgabe entziehen, einwandfrei feststellbare Fälle der Gefährdung des sittlichen Wohles von Kindern zu ahnden, wenn andere Fälle zweifelhaft sind" ²⁾.

Soweit die in diesen Entscheidungen hervortretende Beschränkung auf strafwürdige Fälle als Auslegungsergebnis zu betrachten ist, droht kein Konflikt mit dem Bestimmtheitsgrundsatz. Mehr Anhaltspunkte sprechen jedoch dafür, in dem als "enge Auslegung" bzw. "einwandfreie Feststellbarkeit" bezeichneten Vorgang eine Einnengung der als zu weit empfundenen gesetzgeberischen Regelung zu sehen. Diese Folgerung liegt deswegen nahe, weil nicht der Sinn und Zweck des einzelnen Gesetzes der entscheidende Anlaß für die restriktive "Auslegung" sind, sondern der übergeordnete Gesichtspunkt der Rechtsstaatlichkeit. Unter Ausschaltung der problematischen Tatbestandsbereiche reguliert damit der Bestimmtheitsgrundsatz unbestimmte und zweifelhafte Vorschriften auf ein erträgliches Maß, auf die hinreichend bestimmten Mittelwerte.

Dieses Ergebnis beruht auf einer Umkehrung der Funktion der Tatbestandsgarantie. Es hat seine Ursache in dem methodisch fehlerhaften Ansatzpunkt der Rechtsprechung, die Bestimmtheit allein

1) BGHSt 4, 24 (32).

2) BayObLG NJW 1952, 988 (989).

nach dem Kriterium der Auslegung auszurichten ¹⁾). Die Bedeutung des Bestimmtheitsgrundsatzes kann danach bis zur Wirkungslosigkeit eingeschränkt werden, sollen unbestimmte Tatbestände nur bei zweifellos strafwürdigen Fällen Anwendung finden.

Es kommt indessen nicht darauf an, unbestimmte Tatbestandsbereiche mit Hilfe des Bestimmtheitsgrundsatzes auszusondern und den so gefundenen bestimmten Restteil als gültig aufrechtzuerhalten. Vielmehr handelt es sich in einem solchen Fall, wie Lerche ²⁾ zutreffend betont, um eine von Haus aus unbestimmte Vorschrift. Der Bestimmtheitsgrundsatz wirkt sich nicht als Hilfsmittel einer Auslegungsmaxime aus, unbestimmte Gesetze auf einen bestimmten Kernbereich zu reduzieren. In umgekehrter Wirkungsweise folgt aus der Unbestimmtheit eines Gesetzes seine mangelnde Wirksamkeit und Unvereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 2 GG.

D. Das Prinzip der Gewaltenteilung

Die von der Rechtsprechung entwickelte Interpretation zu Art. 103 Abs. 2 GG ist nicht leicht in das Gesamtgefüge verfassungsrechtlicher Grundsätze einzuordnen. Der unausweichliche Konflikt zwischen der Judikative und der Legislative macht dies deutlich ³⁾. Die Auseinandersetzung um das Prinzip der Gewaltenteilung betrifft zugleich entscheidend die Geltungskraft des Bestimmtheitsgrundsatzes. Der Vorgang weist einmal mehr auf die verborgenen, aber in ihrer Ausstrahlung wirksamen Vorbehalte hin.

Der Vorwurf, das Prinzip der Gewaltenteilung außer Acht gelassen zu haben, ist bei der vom Großen Senat für Strafsachen unternommenen Eingrenzung des Nötigungstatbestandes nicht zu vermeiden. Der Große Senat führt aus ⁴⁾: "Der Gesetzgeber hat ... die Grenzen des Nötigungstatbestandes so weit gezogen, daß er nunmehr auch

1) Vgl. oben S. 66-73.

2) Lerche, Übermaß, S. 73 Fußn. 183.

3) Zur verfassungsrechtlichen Begründung des Prinzips der Gewaltenteilung, insbes. zur Bindung des Strafrichters an das Gesetz, vgl. oben S. 85 ff.

4) BGHSt 2, 194 (195, 196).

ungezählte Fälle des täglichen Lebens erfaßt, in denen die Nötigung trotz Drohung mit einem empfindlichen Übel für das natürliche Rechtsgefühl rechtmäßig ist ... Hier fällt deshalb dem Richter die Aufgabe zu, an Stelle des Gesetzgebers durch unmittelbare Wertung zu entscheiden, ob die tatbestandsmäßige Nötigung im Einzelfall rechtswidrig ist oder nicht".

In unmißverständlicher Weise wird damit gesetzgeberische Tätigkeit auf den Richter delegiert und die Trennung der in Art. 20 Abs. 3 GG unterschiedenen Gewalten ohne rechtfertigenden Grund aufgegeben.

Die Gefahr der Mißachtung der Gewaltenteilung taucht prinzipiell überall dort auf, wo eine fehlende gesetzliche Regelung die richterliche Ausfüllung notwendig erscheinen läßt. Der Feststellung des Bundesgerichtshofs ¹⁾, das Merkmal der "Gefährdung des sittlichen Wohls eines Kindes" in § 170 d StGB sei "ausreichend umgrenzbar", liegt z.B. offensichtlich die Vorstellung zugrunde, die zukünftige Grenzziehung dürfe der Rechtsprechung überlassen bleiben. Ebenso selbstverständlich wird gefordert, die "genaue Bedeutung" unbestimmter, wertausfüllungsbedürftiger Generalklauseln müsse "erst durch die Rechtsprechung festgelegt werden" ²⁾

Auf die Bedenklichkeit einer solchen legislativen Funktion des Richters haben viele Stimmen in der Literatur hingewiesen ³⁾. Die in ihren "drei verschiedenen Funktionen materiell differenzierte Staatsgewalt" ⁴⁾ zwingt zu einer Trennung der strafrichterlichen von der gesetzgeberischen Tätigkeit. Mit der Betonung der "gesetzlichen" Bestimmtheit ist klargestellt, daß die Eindeutigkeit und Meßbarkeit richterlicher oder gar vollziehender Entscheidungen funktional nicht gleichwertig ist.

1) BGH NJW 1952, 476.

2) BGHSt 18, 77 (78).

3) Lange, Referat zum 39. DJT, S. 5; Grünwald, ZStW 70, 412 (431, 432); Hanack, JZ 1964, 393 (396); Woesner, NJW 1963, 273 (274); Werner, Generalklauseln, S. 23; Baumann, AT S. 103.

4) Wernicke, Bonner Komm. Art. 20 Anm. II 2 g.

Auf den ersten Blick mutet die Ausdehnung des Prinzips "nullum crimen sine lege" auch auf den rechtsprechenden Bereich zwar unbedenklich an, weil damit eine zusätzliche Sicherung erreicht zu sein scheint. Die alternative Zusammenstellung bewirkt in ihrer Kumulation jedoch ein Ausweichen vor dem Verfassungsentscheid. Wenn eine gesetzliche Bestimmtheit nicht festgestellt werden kann, eröffnet sich immer noch die Möglichkeit der richterlichen Inhaltsgebung und Grenzziehung. Nach dem von der Rechtsprechung geübten Verfahren fällt die Auslegungsfähigkeit eines Gesetzes mit dem Urteil über seine Bestimmtheit zusammen ¹⁾. Daher folgt aus der Auslegbarkeit eines jeden Tatbestandes bereits die methodische Unmöglichkeit der Existenz unbestimmter Gesetze.

Der Einbruch in das Prinzip der Gewaltenteilung bedroht mithin in großem Ausmaß die Wirksamkeit des Bestimmtheitsgrundsatzes ²⁾. Die Entscheidung des Richters anstelle des Gesetzgebers sichert dem Gesetzesunterworfenen kein Grundrecht, sondern nimmt ihm zugleich den im Gewaltenteilungsprinzip enthaltenen Schutz.

E. Die Forderung nach einer offenkundigen und voraussehbaren Strafnorm

An dem einzigen für zulässig zu erachtenden Vorbehalt der Rechtsprechung gegenüber dem Bestimmtheitsgrundsatz zeigt sich einmal mehr, daß der entscheidende Adressat des Bestimmtheitsgebots der Gesetzgeber ist. Die Bestimmbarkeit eines Tatbestandes hängt nämlich auch nicht von der entsprechenden Kenntnis des Gesetzesunterworfenen ab.

Der Schwierigkeit, zu dem Fragenkomplex des Bestimmtheitsgrundsatzes verlässliche Kriterien aufzustellen, begegnet die Rechtsprechung häufig mit dem Maßstab von Graden und Abstufungen in der Bestimmtheit. In ähnlicher Weise wird der Grundsatz der Ver-

1) Vgl. oben S. 72-73.

2) Auf diese Gefahr weisen insbes. hin Hamann, GG und Strafgesetzgebung, S. 46, 47; H. Mayer, Gutachten, S. 273; Grünwald, ZStW 76, 1 (14 ff.).

hältnismäßigkeit bemüht, um das Problem der Vorausberechenbarkeit eines Tatbestandes zu lösen. In diesem Zusammenhang stellt der Bundesgerichtshof ¹⁾ bei der Erörterung des Begriffes "Bier" fest: "Die dort (ergänze: Art. 103 Abs. 2 GG) vorgeschriebene gesetzliche Bestimmtheit eines Tatbestandes wird nicht dadurch aufgehoben, daß er nicht sofort klar übersehbar ist; es genügt vielmehr, daß sein Sinn und Umfang durch Auslegung ermittelt werden kann".

In einer anderen Entscheidung stellt die Rechtsprechung ebenfalls auf einen Grad der Bestimmtheit ab, maßgebend soll jedoch die Sicht des Gesetzesunterworfenen sein. Der Bundesgerichtshof ²⁾ betrachtet das Merkmal des "geeigneten" Fahrers in § 7 Abs. 1 S. 1 StVO als "geläufig schon wegen der allgemein bekannten, ähnlich gefaßten Vorschriften in §§ 315 a Abs. 1 S. 2 und 3, 42 m Abs. 1". Abschließend begründet er die Bestimmtheit: "Dieser Wortlaut ist so hinreichend bestimmt, daß sich jeder Halter ohne besondere Mühe oder Zweifel danach richten kann".

In einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts wird die Gültigkeit eines Gesetzes in noch stärkerem Maß von dem Wissen des Betroffenen abhängig gemacht. Obwohl im öffentlichen Recht die Probleme anders gelagert sind, lassen sich die folgenden Ausführungen dennoch für das Problem der gesetzlichen Vorhersehbarkeit verwerten. Sie betreffen nämlich den ähnlichen Fragenkreis, ein gesetzliches Verbot mit Sanktionen im Rahmen des § 10 Abs. 4 S. 1 JArbSchG.

Das Bundesverwaltungsgericht ³⁾ verlangt, es müsse "jedes gesetzliche Verbot in seinen Voraussetzungen und in seinem Inhalt so klar formuliert sein, daß die davon Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach bestimmen können ... Es muß ... verlangt werden, daß der Gesetzgeber wenigstens seinen Grundgedanken, das Ziel seines gesetzgeberischen Willens vollkommen deutlich macht ...". Eine diesen rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht entsprechende Verbotsnorm sei verfassungswidrig.

1) BGHSt 11, 365 (377).

2) BGHSt 18, 361 (362).

3) BVerwG BB 1964, 1085 im Anschluß an BVerfG 17, 306 (314).

In ähnlicher Weise stellt der Bayerische Verfassungsgerichtshof ¹⁾ darauf ab, der Rechtsunterworfenen müsse die Möglichkeit haben, sein Verhalten entsprechend der Ver- oder Gebotsnorm einzurichten.

Besteht mithin in der Rechtsprechung keine einhellige Meinung über die Auswirkung laienhaften Unwissens, so sind die Ansichten im Schrifttum gleichfalls geteilt.

Bereits Beling ²⁾ forderte, für den Bürger müsse voraussehbar sein, was rechtens sei, und er formulierte 1906: "Ein unhörbar auf Filzschuhen herumschleichendes Strafrecht vertrage der moderne Mensch nicht mehr". M.E. Mayer war schon vor ihm anderer Ansicht. Er meinte, der Laie verstehe das Gesetz doch nicht, da sich sein Sinn nur nach mühsamem Studium erschließe ³⁾. Die Gesetze müßten gänzlich anders verfaßt sein, wenn sie als Richtschnur für den Untertanen dienen sollten. Der Richter sei der einzige Adressat der Befehle, die das Gesetz gebe.

Der Einfluß laienhafter Vorausberechenbarkeit auf die Bestimmtheit des Gesetzes läßt sich nur beurteilen, wenn die Funktionsverteilung in der Gesetzesanwendung berücksichtigt wird. Danach hängt die Bestimmbarkeit eindeutig vom "Verwalter der Gesetze" ⁴⁾, nicht vom Betroffenen ab. Die gegenteilige Betrachtungsweise würde die der Verfassung zugrunde liegende Vorstellung von der Dreiteilung der Gewalten mißachten und darüber hinaus zu der untragbaren Konsequenz führen, die Bestimmtheit und damit die Gültigkeit eines Strafgesetzes von dem individuellen Wissensstand abhängig zu machen.

Der Gesetzesunterworfenen hat einen Anspruch auf ein eindeutiges und berechenbares Strafgesetz, sein Urteilsvermögen ist aber nicht

1) BayVerfGHE 4, 194 (202).

2) Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 26. Ähnl. aus neuerer Zeit Baumann, AT S. 140: Das Strafrecht sei keine Geheimwissenschaft.

3) M. E. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903, S. 4, 8. Gegen das Kriterium der Vorausberechenbarkeit für den Betroffenen ebenfalls Sax, Grundsätze, S. 998, 1008; Grünwald, ZStW 76, 1 (16).

4) M. E. Mayer, a.a.O. S. 4.

entscheidend für diese Garantie. Das Vorauswissen des Einzelnen findet dort seine entsprechende Berücksichtigung, wo individuelle Gesichtspunkte ihren systematischen Zusammenhang aufweisen, nämlich innerhalb der Schuld. Die Irrtumsfälle ¹⁾ und die Parallelwertung in der Laiensphäre ²⁾ stellen hier das Regulativ dar, der Unkenntnis des Laien über die Existenz und Bedeutung des Strafgesetzes Rechnung zu tragen.

Da der Laie die Gesetze nicht anwendet, ist dem Bestimmtheitsgrundsatz nur die - allerdings wichtige - Forderung zu entnehmen, der Laie müsse aus dem Gesetz erkennen können, was ge- oder verboten sei ³⁾. Erst wenn der Grundgedanke der Strafnorm dem Laien verschlossen bleibt, so daß er sein Verhalten nicht mehr danach richten kann, verliert die Norm faktisch den Inhalt einer Regelungsfunktion. Beispiele für diesen Extremfall werden sich schwer finden lassen.

Die Frage, in welchem Umfang die Vorstellungen des Laien Einfluß auf die Tatbestandsbestimmtheit nehmen, hängt zu einem gewissen Grad von der Entscheidung ab, ob dem Strafgesetz general- oder spezialpräventive Wirkung zukommen soll. Im Rahmen dieser Untersuchung kann der Zusammenhang mit dem Thema der Prävention nur angedeutet werden.

Soweit der Einfluß der Prävention auf die Tatbestandsebene überhaupt Berücksichtigung findet, wird überwiegend mit Recht darauf abgestellt, dem Tatbestand komme generalpräventive Wirkung zu ⁴⁾. Zur Entfaltung spezialpräventiver Maßnahmen stehe die Strafe zur Verfügung, bei deren Sinn- und Zweckerforschung der Präventionsgedanke entwickelt worden sei.

1) Hierauf weist Sax, Grundsätze, S. 998 hin.

2) So Woesner, NJW 1963, 273 (275).

3) BayVerfGHE 4, 194 (202); Roxin, JuS 1966, 377 (383).

4) vgl. u.a. Noll, Schuld und Prävention, S. 223; Hellmer, ZStW 70, 360 (371); Roxin, JuS 1966, 377 (383); Mezger-Blei, AT S. 345; Baumann, AT S. 12, 13 und Bruns, v. Weber-Festschrift, S. 78, 93 sprechen in diesem Zusammenhang von einer sog. Androhungs-generalprävention. Anderer Meinung ledigl. Drost, Problem einer Individualisierung, S. 12, 13, der bei der Verwendung von normativen Merkmalen von einer Spezialprävention spricht.

Die Bedeutung generalpräventiver Einflußnahmen auf die Tatbestandsgestaltung läßt sich deutlich an den Folgen der psychologischen Zwangstheorie Feuerbachs ¹⁾ ablesen, aus der die Folgerung nach bestimmten Tatbestandsfassungen erwuchs. Im gleichen Sinn verlangten die Vertreter der klassischen Strafrechtsschule eine möglichst scharfe Präzisierung der Gesetze, um auf diese Weise den mit der Generalprävention zu ermittelnden erzieherischen Zweck zu erreichen ²⁾. H. Mayer ³⁾ bemühte sich schließlich um den Nachweis, daß unbestimmte Tatbestände die Strafanwendung steigern. Die generalpräventive Wirkung werde hierdurch gefährdet.

Im Gegensatz zu diesen Auffassungen stehen sämtliche Individualisierungstendenzen, soweit sie auf der Tatbestandsebene verwirklicht werden sollen.

Die Argumentation, Gerechtigkeitserwägungen erforderten weite Tatbestände und nur mit Hilfe mehr oder weniger unbestimmter Begriffe könne man dem Einzelfall gerecht werden ⁴⁾, führt, wie dargestellt,

- 1) Vgl. im Einzelnen Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts, I, "Notwendigkeit eines psychologischen Zwangs im Staate", §§ 8-12; II, "Möglichkeit eines solchen psychologischen Zwangs", §§ 13-18. Diese Generalprävention setzt bestimmte Tatbestände voraus, § 20 Abs. III S. 1: "die gesetzlich bedrohte Tat (die gesetzliche Voraussetzung) ist bedingt durch die gesetzliche Strafe (nullum crimen sine poena legali)". Auf eine Würdigung der Lehre von Feuerbach ist in diesem Zusammenhang nicht einzugehen, vgl. u.a. V. Hippel, Deutsches Strafrecht, S. 289-300 m.w.Nw.
- 2) Statt vieler Rich.Schmidt, GerS. Bd. 96, 1 (25). Ausführliche Literatur zu den Vertretern der klassischen Strafrechtsschule findet sich u.a. bei v. Liszt-Schmidt, S. 26 ff. und bei v. Hippel, S. 484 ff.
- 3) H. Mayer, Gutachten, S. 259.
- 4) Hierzu sind die auf S. 112 und S. 113 genannten Entscheidungen zu zählen, in denen im Hinblick auf die Forderung, der Vielgestaltigkeit des Lebens Herr zu werden, weite Tatbestände für zulässig gehalten werden. Aus Gründen der individuellen Gerechtigkeit werden mehr oder weniger unbestimmte Tatbestände für erforderlich gehalten; von Henkel, Recht und Individualität, S. 38; Busch, Rittler-Festschrift, S. 293; Scholz, Rechtsicherheit, S. 68; Schröder, Gutachten, S. 64 ff. Vor der Gefahr einer Berücksichtigung der Individualität auf Tatbestandsebene warnen eindringlich Engisch, Idee der Konkretisierung, S. 216; Radbruch, Erneuerung des Rechts, S.15; Hamann, Grundgesetz und Strafgesetzgebung, S. 50.

im Ergebnis zur Auflösung des Bestimmtheitsgrundsatzes ¹⁾.

Innerhalb der Themenstellung sind damit die Grenzen einer näheren Erörterung gezogen. Die Fragen, welche kriminologischen Erkenntnisse und Zweckmäßigkeiten, welche präventiven Maßnahmen die Tatbestandsgestaltung beeinflussen sollen, müssen deswegen unbeachtlich bleiben ²⁾, weil in Art. 103 Abs. 2 GG der eindeutige Verfassungsentscheid zugunsten der gesetzlichen Bestimmtheit getroffen ist.

Mithin ist als Ergebnis festzuhalten: Eine Einschränkung des Bestimmtheitsgrundsatzes in den von der Rechtsprechung entwickelten Fällen ist durch den alleinigen Vorbehalt zulässig, der in der Unabhängigkeit der Tatbestandsbestimmtheit von der laienhaften Vorausberechenbarkeit zum Ausdruck kommt.

Geben die von der Literatur unternommenen Versuche, die Tatbestandsgarantie zu konkretisieren, ebenfalls keine Veranlassung, die Wirksamkeit dieses Grundsatzes zu beschränken, so folgt daraus in der Tat die Notwendigkeit, im Einzelfall mit dem Bestimmtheitsgrundsatz Ernst zu machen.

1) Vgl. oben S. 111-117.

Die Verharmlosung des Problems durch Henkel (bei den unbestimmten Begriffen handele es sich "im allgemeinen nur um ein fluktuierendes Element an den Tatbestandsgrenzen", Recht und Individualität, S. 38), erscheint besonders bedenklich, weil es doch gerade die Grenzfälle sind, in denen unter Umständen über einen längeren Freiheitsentzug zu entscheiden ist.

2) Naucke, Betrug, S. 183: Kriminalpolitische Erwägungen sind als Gesetzeskritik, nicht als Interpretation des Art. 103 Abs. 2 GG aufzufassen. Hamann, Grundgesetz und Strafgeseztgebung, S. 50: Jeder Versuch, unter kriminalpolitischen Aspekten das Bestimmtheitsgebot aufzulockern, ist bereits im Ansatz verfehlt.

IV. Die kritische Würdigung der von der Literatur entwickelten Konkretisierungen des Bestimmtheitsgrundsatzes

A. Die Feststellung der Wertverletzung (Sax)

Entgegen der als herrschend zu bezeichnenden Einsicht, es lasse sich kein einheitliches Kriterium für die Bestimmtheit eines Tatbestandes finden, hat allein Sax ¹⁾ diesen Versuch unternommen.

Sax geht davon aus, das Problem der Tatbestandsbestimmtheit sei mit den bisherigen Maßstäben nicht zu lösen. Wertausfüllungsbedürftige und sogar unbestimmte Gesetzesbegriffe könnten jedoch mit diesem Grundsatz in Einklang gebracht werden, wenn man den modernen Sinngehalt der Gesetzesbestimmtheit beachte. Danach sei nicht die äußere Tatbestandsumschreibung der Sitz der strafrechtlichen Freiheitsgarantie, "sondern die durch die straftatbestandliche Verhaltensumschreibung vertypete unmittelbare oder mittelbare Verletzung in der Gemeinschaft als je verbindlich anerkannter Werte" ²⁾ Art. 103 Abs. 2 GG bezwecke nicht die Festlegung des Tatvollzugs, sondern die Begrenzung der Strafgewalt auf die Wertverletzungen ³⁾.

Die Bestimmtheit des Wertverletzungstypus und die des Verhaltenstypus ("Tatbestandsbestimmtheit") brauchen sich nach Sax nicht zu decken, wenngleich die inhaltliche Bestimmtheit des Wertverletzungstypus in der Regel von jener Präzisierung abhängig sei ⁴⁾. Die in einem modernen Strafrecht unerläßlichen Wertbegriffe und General Klauseln könnten zwar dazu führen, daß die Tatbestandsumschreibung, der Verhaltenstypus, im herkömmlichen Sinn als unbestimmt zu bezeichnen sei. Die Gesetzesbestimmtheit der Strafe bleibe indessen unberührt, wenn diese Wertbegriffe zur inhaltlichen Spezifizierung und Präzisierung des strafwürdigen Wertverletzungstypus notwendig und geeignet seien.

1) Sax, Grundsätze, S. 909 ff., insbes. S. 1003 ff. Nur Warda, Er messen, S. 44, stellt in ähnlicher Weise wie Sax auf den "Wertverletzungstypus" ab, ohne jedoch auf die Lösung von Sax einzugehen.

2) Sax, a.a.O. S. 1008, 1009.

3) Sax, a.a.O. S. 1003 Fußn. 296.

4) Sax, a.a.O. S. 1009.

An den Beispielen der Nötigung und der Gefährdung des sittlichen Wohls eines Kindes nimmt Sax einen Lösungsversuch vor. In den §§ 240, 253 StGB sei eine Abgrenzung zwischen strafwürdigen und straflosen Fällen hinsichtlich des Verhaltenstypus nicht möglich ¹⁾. Der den Vorschriften zugrunde liegende Wertverletzungstypus sei jedoch eindeutig festgelegt, weil die Zweck-Mittel-Verknüpfung in §§ 240 Abs. 2, 253 Abs. 2 StGB das präzise, gesetzlich bestimmte Maß enthalte ²⁾. Daher sei § 240 StGB verfassungsgemäß.

Zum entgegengesetzten Ergebnis kommt Sax bei der Beurteilung des Tatbestandes von § 170 d StGB. Die Alternative der Gefährdung des "sittlichen Wohls eines Kindes" sei nicht nur in der Verhaltens-typisierung unbestimmt, sondern dieser Regelung fehle auch ein inhaltlich eindeutiger Wertverletzungstypus. Daher sei § 170 d, 2. Alternative StGB unvereinbar mit dem Gebot der Gesetzesbestimmtheit und verfassungswidrig ³⁾.

Der an sich begrüßenswerte Optimismus, mit dem Sax die um den Bestimmtheitsgrundsatz bestehende Unklarheit aufzuhellen hofft, erweist sich bei näherem Zusehen als keineswegs gerechtfertigt. Seine Lösung stiftet letztlich mehr Verwirrung als Nutzen.

Die mit dem "modernen" Sinngehalt firmierte These von der Garantie des Wertverletzungstypus reduziert das Problem der Bestimmtheit eines Tatbestandes auf die Erkenntnis seines Rechtsguts. Mit der Verlagerung der Tatbestandsgarantie von dem Verhaltenstypus auf den Wertverletzungstypus wird nicht nur der Verfassungswortlaut mißachtet, sondern zugleich ein grundlegendes gesetzgeberisches Bemühen im Strafrecht.

Die Interpretation, "die Verletzung in der Gemeinschaft als je verbindlich anerkannter Werte" sei der Sitz der strafrechtlichen Freiheitsgarantie, ist selbst verfassungswidrig, weil sie den Wortlaut von Art. 103 Abs. 2 GG sprengt: Danach kann allein die

1) Sax, a.a.O. S. 1010.

2) Sax, a.a.O. S. 1011.

3) Sax, a.a.O.

menschliche "Tat" Grundlage der Strafbarkeit sein, nicht die Verletzung eines Gemeinschaftswertes ¹⁾.

Unerfindlich bleibt, wie bei dem vagen Wertverletzungstypus noch eine Tatbestandsbestimmtheit vermittelt werden soll. Im Gesetz genannt ist dieser Typus nicht. Die Suche nach den verbindlich anerkannten Werten dürfte kaum den behaupteten Erfolg haben ²⁾. Sax selbst nennt keinen Maßstab oder Weg für deren Auffindung ³⁾. Die Willkürlichkeit der Entscheidungen tritt vielmehr in seinen eigenen Ergebnissen hervor. Warum allein bei der Gefährdung des "sittlichen Wohls" in § 170 d ein eindeutiger Wertverletzungstypus fehle, hingegen bei den "guten Sitten" in § 226 a, den Machenschaften in § 109 a oder den "niedrigen Beweggründen" in § 211 ein solcher Typus existiere, erklärt Sax nicht.

Die Konsequenzen der wirklichkeitsfremden These von Sax zeigen sich schließlich im Vergleich zum geltenden Strafgesetzbuch. Sind nämlich nur die Wertverletzungen entscheidend für die Strafbarkeit, so muß die Sorgfalt des Gesetzgebers überraschen und sogar überflüssig erscheinen, mit der er die Art und Weise der Verletzungshandlungen umschreibt ⁴⁾. Für die Strafbarkeit eines Betrugs könnte demnach schon die Verletzung fremden Vermögens

-
- 1) Vgl. die Kritik von Hamann, Grundgesetz und Strafgesetzgebung, S. 51, Naucke, Betrug, S. 196 ff., Seel, S. 105.
 - 2) Es sei hierbei nur an die charakteristische Schwierigkeit erinnert, solche Gemeinschaftswerte aufzuspüren, etwa bei den guten Sitten in § 226 a ("Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden"), bei der Anstand oder Sitte verletzenden Weise in § 184 Nr. 3a ("Anschauung aller verständigen, billig und gerecht denkenden Menschen innerhalb eines Rechts- oder Kulturkreises") oder bei dem sittlichen Wohl in § 170 d ("sittliche Anschauungen unserer Kulturkreises").
 - 3) vgl. die Kritik von Heinitz, Berliner Festschrift für Hirsch, S. 56.
 - 4) Die strafrechtlich notwendige Zusammengehörigkeit von Rechtsgut und Art der Verletzungshandlung betont insbes. Welzel, JZ 1958, 494 (495).

genügen. Der Betrug erhält aber erst durch die Begehungsweise, die notwendige Täuschungshandlung, die Irrtumserregung und die zum Schaden führende Vermögensverfügung sein bedeutsames strafrechtliches Gepräge. Die reine Erfolgsverursachung, auf die mit dem Wertverletzungstypus abgestellt wird, ist - isoliert von jeder Ausführungsart - strafrechtlich irrelevant.

Die Lösung von Sax läßt sich weder mit den Grundlagen des geltenden Strafrechts vereinbaren, noch taugt sie dazu, dem Bestimmtheitsgrundsatz "nullum crimen sine lege" Inhalt zu geben ¹⁾.

B. Die Lehre vom allgemeinen Gemeinschaftsvorbehalt (Seel)

Die Rechtfertigung weitgefaßter und sogar unbestimmter Tatbestandsmerkmale wird von der Rechtsprechung mit der Notwendigkeit begründet, der Vielgestaltigkeit des Lebens Herr zu werden. Die Unvereinbarkeit eines solchen Vorranges der Strafwürdigkeit mit dem positiven Verfassungsentscheid in Art. 103 Abs. 2 GG wurde bereits dargestellt.

In dem Bestreben, das von der Rechtsprechung erstrebte Ziel dennoch in Einklang mit dem Bestimmtheitsgrundsatz zu bringen, leitet Seel ²⁾ aus dem neuen Menschenbild des Grundgesetzes die

1) Außerhalb der Untersuchung muß die Frage bleiben, ob die These von Sax in Zusammenhang mit Strafwürdigkeitserwägungen zu bringen ist, etwa dergestalt, daß die Legitimation des Strafgesetzgebers, im Rahmen des Art. 103 Abs. 2 GG die Strafbarkeit festzulegen, sich nur auf "in der Gemeinschaft als je verbindlich anerkannte Werte" erstrecken kann. Dazu Grünwald, ZStW 76, 1 (16).

2) Seel, Unbestimmte und normative Tatbestandsmerkmale, insbes. S. 107 ff.

In ähnlicher, aber nicht so eingehender Untersuchung, versucht Lenckner, JuS 1968, 249 (insbes. S. 305) das Problem der Tatbestandsbestimmtheit nach dem Grundsatz des "überwiegenden Interesses" zu lösen, indem im Einzelfall die Belange der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit miteinander abgewogen werden sollen. Zur Bedenklichkeit dieser Auffassung vgl. bereits oben S. 115-116.

Folgerung ab, auch Art. 103 Abs. 2 GG stehe unter dem allgemeinen Gemeinschaftsvorbehalt und unterliege damit weitgehenden Einschränkungen.

Seel untersucht einige der umstrittenen Merkmale im Strafgesetzbuch. Er stellt pauschal fest, mit wenigen Ausnahmen habe der Gesetzgeber bei ihnen in einem ganz weiten Umfang die Grenze zwischen strafbarem und straflosem Handeln unbestimmt gelassen ¹⁾. Die aufgezählten Merkmale erhielten Inhalt und Umfang gezwungenmaßen durch richterliche Rechtsschöpfung praeter legem ²⁾. Insoweit bestehe keine Garantiefunktion mehr ³⁾. Angesichts der Zahl dieser verfassungswidrigen Tatbestände mute ihre Entfernung jedoch "utopisch" an ⁴⁾. Eine Besinnung auf die Veränderung in Inhalt und Aussage des Bestimmtheitsgrundsatzes führe schließlich zur Verfassungsmäßigkeit der umstrittenen Tatbestände.

Berücksichtige man die Entwicklung von Staat und Gesellschaft, insbesondere das Verhältnis von Richter und Gesetz, so folge die Erkenntnis, das Menschenbild des Grundgesetzes stelle auf einen "Menschen in der Gemeinschaft" ab. ⁵⁾. Das bedeute, daß auch Art. 103 Abs. 2 GG unter dem vom Bundesverwaltungsgericht entwickelten "allgemeinen Gemeinschaftsvorgehalt" stehe. Der Einzelne könne daher keine bestimmte gesetzliche Fixierung mehr verlangen, wenn "überragende Interessen des Gemeinwohls" ihr gegenüberstünden ⁶⁾.

-
- 1) Dies sei der Fall bei den Merkmalen wie "sittliches Wohl eines Kindes" (§ 170 d), "aus sonst niedrigen Beweggründen" (§ 211), "gegen die guten Sitten" (§ 226 a), "verwerflich" (§§ 240, 253), "grob verkehrswidrig und rücksichtslos" (§ 315 c), "den Umständen nach zuzumuten" (§ 330 c), "wichtige öffentliche Interessen" (§ 353 b), "grober Unfug" (§ 360 Nr. 11), Seel, a.a.O. S. 48, 49.
- 2) Seel, a.a.O. S. 53 ff.
- 3) Seel, a.a.O. S. 71.
- 4) Seel, a.a.O. S. 71.
- 5) Seel, a.a.O. S. 111.
- 6) Seel, a.a.O. S. 112.

Eine andere Auslegung des Art. 103 Abs. 2 GG, etwa im herkömmlichen liberalen Sinn, verstanden als Bindung des Richters an bestimmte Gesetze, wird von Seel sogar als verfassungswidrig verworfen ¹⁾. Die Bundesrepublik Deutschland sei kein "Gesetzesstaat" mehr ²⁾. Eine Gesetzesbestimmtheit müsse auch durch Richterrecht gegeben sein, soweit Gründe des Gemeinwohls dies zwingend erforderten.

Abschließend sieht Seel sämtliche umstrittenen Merkmale als verfassungsgemäß an, weil überragende Gründe des Gemeinwohls und der Gerechtigkeit ihre unbestimmten Fassungen zwingend erforderten - in allen Fällen ohne nähere Begründung.

Eine Auseinandersetzung mit der von Seel vertretenen Auffassung stößt in zwei Richtungen auf erhebliche Bedenken. In methodischer Hinsicht, weil Seel die Grundlage seines Lösungsvorschlags keiner der gewichtigen, gegen ihn gerichteten Kritik unterzieht. In praktischer Hinsicht bestehen Bedenken, weil in keinem einzigen Fall die Bestimmtheit eines Tatbestandes mit der zuvor postulierten Güterabwägung begründet wird.

Die selbstverständliche Anwendung einer Gemeinschaftsklausel im Strafrecht erscheint keineswegs so eindeutig, daß jede Lösung den Vorwurf der Verfassungswidrigkeit verdient, wie Seel es darstellt. Die Lehre vom allgemeinen Gemeinschaftsvorbehalt gilt nicht einmal im Verwaltungsrecht als gesichert. Bachof ³⁾ nennt die Gemeinschaftsklausel "so vage, daß sie jeglicher Mißbrauchsmöglichkeit Tür und Tor öffnet", Lerche ⁴⁾ weist auf ihre notrechtliche

1) Seel, a.a.O. S. 114.

2) Seel, a.a.O. S. 121.

3) Bachof, JZ 1957, 334. (337).

4) Lerche, Übermaß, S. 294.

Eigenschaft und materiale Gefährlichkeit hin und Knies ¹⁾ hält sie sogar für "unbrauchbar, weil sie zu offensichtlich sinnwidrigen Ergebnissen führt".

Als Indiz für die Bedenklichkeit der Lehre vom allgemeinen Gemeinschaftsvorbehalt kann schließlich auch die Tatsache gelten, daß sie vom Bundesverwaltungsgericht in letzter Zeit kaum noch angewendet wird ²⁾.

Die Lehre, es gehöre zum Inbegriff aller Grundrechte, sie dürften dann nicht in Anspruch genommen werden, wenn dadurch andere Grundrechte oder die für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter gefährdet werden, schaltet ein Grundrecht nach der zufälligen Konstellation aus, ob es bedroht ist oder in Anspruch genommen wird. Als unwiderlegt muß hierbei das von Lerche genannte Beispiel zitiert werden, welches die Vorbehaltsregelung ad absurdum führt ³⁾: Das Grundrecht auf Leben dürfe dann nicht in Anspruch genommen werden, wenn dadurch etwa eines Anderen Grundrecht auf Eigentum gefährdet würde.

Die Unsicherheit steigert sich noch, wenn anstelle des gefährdeten Grundrechts ein für die Gemeinschaft notwendiges Rechtsgut tritt. Die von der Rechtsprechung bisher entschiedenen Fälle lassen nicht die notwendigen Kriterien erkennen, wann ein öffent-

-
- 1) Knies, Schranken der Kunstfreiheit, S. 94. Bedenken gegen die vom Bundesverwaltungsgericht begründete allgemeine Geltung des Gemeinschaftsvorbehaltes werden in mehr oder minder starkem Maß von vielen Autoren erhoben, vgl. die Kritik von Hess, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 123 ff., Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 190 ff., Maunz-Dürig, Art. 2 Rdnr. 70, Menger-Erichsen, VerwArch 1966, 270 ff., v. Mangoldt-Klein, Bd. I, Vorbem. B XV 3 b.
 - 2) vgl. zuerst BVerwG 1, 48 (52); 1, 92 (94); 2, 295 (300) bis BVerwG 5, 153 ff. In zunehmendem Maße dient die Lehre nur noch zur Stützung ablehnenden Entscheidungen, vgl. etwa BVerwG 10, 136 (139); vgl. auch BVerwG 23, 104 (110). Gegen die Annahme eines höherrangigen Gemeinschaftsgutes im allgemeinen bereits BVerfG 7, 377 (411).
 - 3) Lerche, Übermaß, S. 293.

liches Interesse grundrechtsausschließend wirkt ¹⁾ oder nicht.

Hält man, wie Seel, diese grundsätzlichen Bedenken gegen die Lehre vom Gemeinschaftsvorbehalt für nicht beachtenswert ²⁾, so bedarf es zumindest der Klärung, ob dieser für das Verwaltungsrecht entwickelte Grundsatz auch Geltung im Strafrecht beanspruchen kann,

Auf dem Gebiet des Strafrechts fehlt es zunächst an einer vergleichbaren Konfliktsituation, in der auf überragende Gemeinschaftsgüter abzustellen wäre. Der Streit um den Vorrang notwendig unbestimmter Tatbestände aus Gründen des Gemeinwohls und die gleichfalls notwendigen bestimmten Tatbestände aus Gründen der Rechtssicherheit ist in Art. 103 Abs. 2 GG auf Verfassungsebene entschieden ³⁾. Eine Bevorzugung des unterliegenden Prinzips im Wege einer "neuen" Interpretation ⁴⁾ stellt den typischen Fall einer Verfassungsumgehung dar.

Die von Seel vorgeschlagene Lösung berücksichtigt vor allem nicht das Rangverhältnis zwischen Verfassung und Gesetz. Selbst wenn man Seels Ausgangspunkt für richtig hält, bei einigen Tatbeständen bestehe eine Garantiefunktion des Gesetzes nicht mehr, zwingt

-
- 1) Als übergeordnetes Gemeinschaftsinteresse sah die Rechtsprechung u.a. an: Den Schutz der Volksgesundheit vor Alkoholmißbrauch (BVerwG 1, 48, 52), die Sicherstellung geordneter Verhältnisse im öffentlichen Verkehr (BVerwG 1, 95), besonders im Güterfernverkehr (BVerwG 3, 21, 24), die einwandfreie Beratung der Rechtssuchenden (BVerwG 2, 85, 88; 6, 13, 17).
 - 2) Seel verweist lediglich in einer Fußnote auf den "Meinungsstreit über die Gemeinschaftsklausel", S. 111 Fußn. 16.
 - 3) vgl. oben S. 115 ff.; Hamann, Grundgesetz und Strafgesetzgebung, S. 45, 46 weist zusätzlich darauf hin, angesichts des stark entwickelten Perfektionismus unserer Strafgesetzgebung sei kaum ein Fall denkbar, in dem überragende Gemeinschaftsinteressen eine Durchbrechung des Bestimmtheitsgrundsatzes rechtfertigen könnten.
 - 4) So ausdrücklich die Bezeichnung von Seel, S. 125. Methodisch noch widersprüchlicher ist es, wenn Seel, S. 121 den Wortlaut des Art. 103 Abs. 2 GG als "in gewisser Weise überholt" ansieht und ihn gemäß Art. 20 Abs. 3 GG konform auslegen will. Eine verfassungskonforme Auslegung von Grundrechten ist bereits begrifflich ausgeschlossen, sie kann nur im Verhältnis höherrangigen Grundrechts zur rangniedrigeren Norm zum Zuge kommen. Zur verfassungskonformen Auslegung vgl. die anschließenden Ausführungen.

das höherrangige Verfassungsprinzip eher zu einem Obsoletwerden der widerstrebenden Gesetze als daß umgekehrt die einzelnen Gesetze den Art. 103 Abs. 2 GG aufzuheben vermögen.

Der Vorschlag, den herkömmlichen liberalen Sinn des Art. 103 Abs. 2 GG durch eine "neue Sicht" abzulösen ¹⁾, entzieht dem Gesetzesunterworfenen die entscheidende Kontrollmöglichkeit strafrechtlicher Eingriffe, die durch die Trennung der gesetzlichen Fixierung von der richterlichen Anwendung vermittelt wird. Die Ansicht, die Gerechtigkeit werde empfindlich beeinträchtigt, wenn ein Strafgesetz nicht mehr "alles strafwürdige Unrecht", das es unter Strafe gestellt haben will, erfassen kann ²⁾, nimmt nur einen Teil der Gerechtigkeit wahr. So notwendig es erscheint, strafwürdige Verhaltensweisen zu erfassen, so notwendig ist die bestimmte Art und Weise der Strafverfolgung. Der Maßstab des Gemeinwohls löst den Konflikt zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit nicht, weil letztere mit gleicher Berechtigung als Forderung zur Verwirklichung des Gemeinwohls verstanden werden muß ³⁾. Die Überbewertung des Strafens um den Preis der Rechts-

-
- 1) Ohne rechtliche Beweiskraft, aber vielleicht doch bezeichnend für die gefährliche Forderung, bestimmten augenblicklichen Strömungen Vorrang vor dem Gesetz einzuräumen, mag an die national-sozialistischen "Tendenzen" erinnert werden, mit denen schließlich auch der Durchbruch des "gesunden Volksempfindens" gelang. Die Ablösung des Bestimmtheitsgrundsatzes durch die sog. Analogiennovelle vom 28.6.1935 sowie die Gedanken von der Rechtsquelle des "Volksgewissens" und der Ersetzung des Tatbestandes durch das "Führerprinzip" weisen eindringlich auf den Standort hin, von dem aus die Ablösung des "formalen", weil gesetzlichen, Rechtsstaats gefordert wird.
- Einen guten Überblick über die politisch orientierte Behandlung der normativen Tatbestandsmerkmale während der Herrschaft des Nationalsozialismus bringt Kunert, S. 47 ff. Auf die charakteristische Rolle, welche die Generalklauseln im System totalitärer Staaten spielen, weist Class, Eb. Schmidt-Festschrift, S. 130 ff. hin.
- 2) Seel, a.a.O. S. 126.
- 3) vgl. Radbruch, SJZ 1946, 105 (107): Einem Widerstreit zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit liegt in Wahrheit ein Konflikt der Gerechtigkeit mit sich selbst vor; vgl. zum ganzen oben S. 111 ff.

sicherheit setzt sich selbst dem Vorwurf der Ungerechtigkeit aus, oder wie es der Bundesgerichtshof formuliert hat: "Ein Verdacht ungesetzlichen Strafens schadet dem Vertrauen in die Rechtsstaatlichkeit der Strafrechtspflege mehr als es die Gerechtigkeit befriedigt ..." ¹⁾.

Die Erklärung dafür, daß das überragende Interesse des Gemeinwohls lediglich vermutete Sperrwirkung besitzt, liegt in der Schwierigkeit, wenn nicht sogar Unmöglichkeit, den dehnbaren Begriff mit sachlichem Inhalt zu füllen. Zur Eingriffsermächtigung taugt er nicht.

Die Zweifelhaftigkeit erweist sich mithin dort am größten, wo die Lehre vom Gemeinschaftsvorbehalt ihren entscheidenden Nutzen entfalten soll: In der praktischen Durchführbarkeit ²⁾. Seel nimmt bei keinem der im herkömmlichen Sinn als unbestimmt und verfassungswidrig zu bezeichnenden Merkmale die von ihm geforderte Güterabwägung ³⁾ vor. Die stereotype Wiederholung, die unbestimmten Merkmale wie böswillig, gewissenlos, aus sonst niedrigen Beweggründen, grober Unfug u.s.w. seien verfassungsgemäß durch ihre zwingende Notwendigkeit ⁴⁾, dokumentiert durch die fehlende Begründung das Versagen der Gemeinschaftsklausel. Eine in jedem Einzelfall tatsächlich vorzunehmende Güterabwägung würde nämlich die Fragwürdigkeit beweisen: Mit welcher Berechtigung z.B. bei dem umstrittensten Tatbestand, des groben Unfugs, überwiegende Interessen der Gemeinschaft und der Gerechtigkeit dessen unbe-

1) BGHSt 18, 274 (278), entschieden anläßlich der Zulässigkeit eines Verfahrens bei möglichem Ablauf der Verjährungsfrist, eine Problematik, für deren Beurteilung noch nicht einmal der positive Verfassungsentscheid des Art. 103 Abs. 2 GG gilt.

2) Das Korrektiv des Gemeinwohls würde sogar bei dem so vielgeschmähten Schurkenparagrafen versagen, denn unbestreitbar sind aus öffentlichem Interesse auch und erst recht Schurken zu bestrafen.

3) Seel, a.a.O. S. 114.

4) Seel, a.a.O. S. 135.

bestimmte Tatbestandserfassung erfordern ¹⁾, bleibt unerfindlich. Die Notwendigkeit derart unbestimmter Formulierungen wie "gegen die guten Sitten", "aus niedrigen Beweggründen" oder "das sittliche Wohl eines Kindes" ist schon aus gesetzestechnischen Gründen kaum nachweisbar. Ein "überragendes Gemeinschaftsinteresse" vermag hierbei erst recht keine Einsicht zu vermitteln.

Die Tatsache, daß mit dem formalen Kriterium des Gemeinwohls ausschließlich unbestimmte Merkmale in Einklang mit der Verfassung zu bringen sind, widerlegt außerdem die Behauptung Seels, es handele sich hierbei um Ausnahmefälle ²⁾. Eine neue Sicht des Bestimmtheitsgrundsatzes wird bei den unbestimmten Merkmalen pauschal - vom groben Unfug bis zu den niedrigen Beweggründen - aus überwiegenden Gründen des Gemeinwohls für erforderlich gehalten. Diese mangelnde Differenzierung führt zur Verfassungsmäßigkeit auch der unbestimmtesten Tatbestände und hebt die Garantiefunktion auf.

Die Lehre vom Gemeinschaftsvorbehalt hat sich mithin sowohl in den Voraussetzungen als auch in den praktischen Folgen als unvereinbar mit dem verfassungsrechtlichen Schutz "nullum crimen sine lege" erwiesen.

C. Die verfassungskonforme Auslegung

Versagt jede Möglichkeit, mit den herkömmlichen Auslegungsmethoden und den geschilderten Maßstäben die Bestimmtheit eines Tatbestandsmerkmals festzustellen, folgt daraus noch nicht dessen Verfassungswidrigkeit. Als bedeutsame letzte Schranke vor jeder Erklärung der Normnichtigkeit gebietet der allgemeine Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung, ein Gesetz solange als verfassungsgemäß anzusehen, als es im Einklang mit der Verfassung

1) Seel, a.a.O. S. 137, 138. Seel läßt außerdem eine Auseinandersetzung vermissen mit § 301 E 1962, in dem eine Definition des groben Unfugs vorgesehen ist.

2) Seel, a.a.O. S. 126.

ausgelegt werden kann ¹⁾.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts spricht nur eine Vermutung ²⁾ für die Vereinbarkeit eines Gesetzes mit dem Grundgesetz. Das in dieser Vermutung zum Ausdruck kommende Prinzip verlange auch und gerade in Zweifelsfällen eine verfassungskonforme Auslegung ³⁾.

Als Ausdruck eines allgemeinen Interpretationsprinzips ⁴⁾ vollzieht sich die verfassungskonforme Auslegung auf zwei Stufen ⁵⁾: Zuerst sind der Inhalt und die Aussage der ranghöheren Verfassungsnorm zu interpretieren, an der die mehrdeutige Norm auszurichten ist. Danach kann die Auslegung der rangniedrigeren Norm konform der Verfassung vorgenommen werden.

Ein Überblick zeigt die bisher geringe Einflußnahme grundrechtlicher Wertmaßstäbe zur Ausscheidung verfassungswidriger Auslegungsmöglichkeiten auf strafrechtlichem Gebiet ⁶⁾.

-
- 1) Die Einbeziehung der verfassungskonformen Auslegung in das Strafrecht ist grundsätzlich unbestritten, vgl. u.a. Baumann, AT S. 136; Schönke-Schröder, § 2 Rdnr. 41; Schwarz-Klein-knecht, Einl. 9, B.
 - 2) Schon gegen eine solche Vermutung wenden sich Arndt, BB 1959, 533; Hamann, NJW 1959, 1465 (1467 Fußn. 29).
 - 3) BVerfG 2, 266 (282); 7, 120 (126); 9, 338 (350). Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vgl. die ausführliche Darstellung von Bogs, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, mit dem Anhang von über 170 Urteilen und Beschlüssen; außerdem: Eckardt, Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung; Burmeister, Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung; Schack-Michel, Die verfassungskonforme Auslegung, JuS 1961, 269.
 - 4) Bogs, a.a.O. S. 17.
 - 5) vgl. Michel, JuS 1961, 275.
 - 6) Ob hiermit ein Mangel zutage tritt oder eine sachlich bedingte Einschränkung, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter verfolgt werden. Nach der richtungsweisenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG 7, 198) müssen jedenfalls die verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen für alle Bereiche des Rechts gelten. Problematisch bleibt, inwieweit dieser für das Zivilrecht (§ 826 BGB) vollzogene Grundrechtseinfluß innerhalb strafrechtlicher Generalklauseln Beachtung finden kann.

Vereinzelte wird darauf hingewiesen, bei Verweisungen auf das Sittengesetz (z.B. bei den guten Sitten in § 226 a StGB ¹⁾, dem Unzuchtsbegriff in § 175 StGB ²⁾) sei auf die Vorstellung und den Gehalt des in Art. 2 Abs. 1 GG genannten Sittengesetzes einzugehen. Eine Auslegung des Begriffs der Sittenwidrigkeit in § 226 a StGB müsse ihrerseits von dem Bekenntnis des Grundgesetzgebers zur Würde der Person in Art. 1 Abs. 1 GG getragen sein ³⁾. Eine von Maurach ⁴⁾ als verfassungskonform bezeichnete Anwendung von Art. 5 GG führt zu einer restriktiven Auslegung des Geheimnisbegriffs in § 99 (a.F.) StGB.

Allein an die Anwendung des Art. 6 Abs. 1 GG haben sich bisher praktische Folgen in der Ausscheidung verfassungswidriger Auslegungsmöglichkeiten geknüpft. Zum einen hat die Hervorhebung des besonderen Schutzes der Ehe und Familie dazu geführt, eine immaterielle Hilfspflicht des außerehelichen Schwängerers im Rahmen des § 170 c StGB abzulehnen ⁵⁾. Zum anderen wurde der Automatenverkauf von Präservativen an öffentlichen Straßen deswegen als gegen "Sitte und Anstand" (§ 184 Nr. 3a StGB) verstoßend angesehen, weil der Verkauf ehe- und familienfeindlich sei und als Störung in das elterliche Erziehungsrecht aufgefaßt werden müsse ⁶⁾.

1) Amtl. Begründung zum Entwurf 1962, S. 286.

2) BVerfG 6, 389 (434); zur Maßgeblichkeit des "Unzüchtigen" aus den Wertvorstellungen des Grundgesetzes Schwarz-Dreher, Vor § 173 2 A.

3) Bogs, a.a.O. S. 142.

4) Maurach, BT S. 548; a.M. Woesner, NJW 1964, 1877 (1878), der das Kriterium der Güterabwägung unter dem Gesichtspunkt des Art. 5 GG als Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG ansieht.

5) vgl. Blei, FamRZ 1961, 137 (146); Bockelmann, Niederschriften, Bd. VIII, S. 402; U.H. Lange, FamRZ 1961, 161 (163); Maurach, BT S. 398.

6) VGH Stuttgart DÖV 1958, 394 (396). Auch der Bundesgerichtshof stellt u.a. auf das vertraute Gespräch über geschlechtsbezogene Dinge zwischen Eltern und Kindern ab, aus dessen Zurückhaltung die Sittenwidrigkeit des Handels mit jenen Gegenständen zu folgern sei, NJW 1959, 1092 (1093).

Im weiteren Sinn zählen zu den ranghöheren Verfassungsnormen, an denen sich eine konforme Auslegung zu orientieren hätte, auch jener übergreifende "Gesamthalt der deutschen Rechtsordnung" ¹⁾ oder das "Gesamtgefüge der Rechtsordnung" ²⁾, da in ihnen den Verfassungsentscheidungen die führende Rolle zukommt. Ebenso gehören in diesen Zusammenhang die Forderungen, die strafrechtliche Schutzgüterverordnung müsse in der "grundgesetzlichen Wertordnung" ³⁾ verankert sein, oder die "dirigierende Verfassung modernen Stils" ⁴⁾ müsse in den Bestimmtheitsgrundsatz eingeordnet werden.

Vor der Untersuchung, ob Art. 103 Abs. 2 GG in vergleichbarer Weise innerhalb der verfassungskonformen Auslegung auf der ersten Stufe des Prüfungsvorganges herangezogen werden kann, ist das Augenmerk auf die Bestimmtheit dieser grundrechtlichen Wertentscheidungen zu richten.

Mit der unabweisbaren Beachtung verfassungsrechtlicher Entscheidungen ist in keinem der angeführten Fälle ein strafrechtlicher Begriff auszufüllen. Die notwendige Ausrichtung nach Verfassungsnormen vermag im Einzelfall, wie u.U. bei § 170 c StGB, eine verfassungswidrige Auslegung auszuschneiden. Ob die so gefundene engere Begriffsfestlegung dem Bestimmtheitsgrundsatz genügt, ist damit noch keinesfall entschieden. Die allgemeinen Wertvorstellungen des Grundgesetzes ermöglichen eine Vielzahl bestimmter und unbestimmter Lösungen ⁵⁾, ohne daß damit schon die Vereinbarkeit mit dem strafrechtlichen Prinzip "nullum crimen sine lege" feststeht. Hinzu kommt, daß die grundrechtlichen Allgemeinbegriffe ihrem Wesen nach den Anforderungen strafrechtlicher Tatbestands-

1) Vgl. BGH NJW 1952, 476 zur Auslegung des § 170 d.

2) Württenberger, Rittler-Festschrift, S. 137.

3) Sax, Grundsätze, S. 913, ebenso Hamann, NJW 1962, 1845 (1847).

4) Lerche, Übermaß, S. 74.

5) Auf den Irrtum, dem Grundrechtsabschnitt eine bestimmte, konkrete Lösung für die Rechtsordnung entnehmen zu wollen, weist Hirsch, JR 1966, 334 (342) hin.

strenge nicht entsprechen können. So muß z.B. der Versuch als aussichtslos erscheinen, die guten Sitten in § 226 a StGB mit Hilfe des Sittengesetzes in Art. 2 Abs. 1 GG konkretisieren zu wollen. Dieses bedarf selbst ausführlicher Umschreibung und Ausfüllung und umfaßt mit der Gesamtheit "derjenigen sittlichen Normen, die Allgemeingut der abendländischen Kultur sind" ¹⁾, sicherlich weitere Bereiche als die maßgeblichen strafrechtlichen ²⁾.

Die Schwierigkeit, Art. 103 Abs. 2 GG als ranghöhere Verfassungsnorm im Auslegungsverfahren heranzuziehen, hat ihre Ursache in der eigenen Maßstabhaftigkeit dieses Grundrechtsprinzips. Die Wertvorstellungen von der Würde des Menschen in Art. 1 GG, dem Sittengesetz in Art. 2 GG, der Meinungsfreiheit in Art. 6 GG eignen sich generell dazu, von mehreren Deutungsmöglichkeiten die ihnen nicht entsprechende Auslegung als verfassungswidrig auszuschneiden. In vergleichbarer Weise kann der Bestimmtheitsgrundsatz nicht dazu führen, aus einem unbestimmten Tatbestand "konform" der Verfassung einen bestimmten zu machen. Ein solches Verfahren nimmt die Tatbestandsgarantie wiederum nicht ernst, denn jede unbestimmte Normierung läßt sich auf einen bestimmten Regelungskern reduzieren ³⁾.

Die Unbrauchbarkeit einer an Art. 103 Abs. 2 GG ausgerichteten konformen Auslegung zeigt sich deutlich auf der Ebene des zweiten Prüfungsvorganges. Dort überschreitet sie die Grenzen und Aufgaben der verfassungskonformen Auslegung. Die verfassungskonforme Auslegung kann nicht dazu mißbraucht werden, dem an und für sich nichtigen Gesetz einen anderen Sinn zu geben ⁴⁾. Mit der Auf-

- 1) v. Mangoldt-Klein, Art. 2 Anm. IV, 3; ähnlich Hamann, Art. 2 Anm. 7; Wintrich, Zur Problematik der Grundrechte, S. 25.
- 2) Den im Strafrecht engeren Begriff der "guten Sitten" hebt Hamann, Art. 2 Anm. 7 hervor.
- 3) vgl. die Kritik von Bogs, Verfassungskonforme Auslegung, S. 88.
- 4) vgl. BVerfG 8, 28 (34); ähnlich BVerfG 8, 71 (78, 79); 9, 83 (87); BGHSt 13, 102 (117). Ebenso Schack, JuS 1961, 270; Bogs, a.a.O. S. 68.

stellung von weiten und unbestimmten Begriffen ist jedenfalls vom Gesetzgeber dieser weitgespannte Rahmen auch gewollt. Tritt bei der Ermittlung des Normsinns eine unbestimmte Regelung hervor, kann diese nicht mit Hilfe einer verfassungskonformen Auslegung berichtigt werden. Steht die Unbestimmtheit eines Tatbestandes fest, so liegt ein Verstoß der rangniederen Norm gegen ein Grundrecht vor. Diese besondere Art gesetzgeberischen Versagens kann gerade nicht durch Auslegungsverfahren geheilt werden ¹⁾.

Mit der Ablehnung einer im Wege der verfassungskonformen Auslegung herbeizuführenden Heilung eines unbestimmten Tatbestandes wird schließlich selbst ein verfassungskonformer Beitrag geliefert: Die Beachtung der Wirksamkeit des Art. 103 Abs. 2 GG führt zu einer Ausscheidung der unbestimmten Normen. Sie vermittelt damit die an dem fundamentalen Grundrecht auszurichtende Idee der Rechtssicherheit.

1) Eckardt, Verfassungskonforme Gesetzesauslegung, S. 55. Die Anwendung einer verfassungskonformen Auslegung kann darüber hinaus nur zum Zuge kommen, wie Ehmke, VVDStRL 20, 74 hervorhebt, wenn mehrere Auslegungen möglich sind. Mit dem Urteil der Unbestimmtheit entfällt bereits eine solche Wahlmöglichkeit.

DRITTER ABSCHNITT

DIE GRENZEN DER BESTIMMBARKEIT BEI DEN EINZELNEN NORMATIVEN MERKMALEN

Mit der Verlagerung der Tatbestandsgarantie von der Auslegungsfähigkeit eines Merkmals auf den Begriff als solchen sowie mit der Aufhebung unzulässiger Vorbehalte beansprucht der Bestimmtheitsgrundsatz entgegen den herkömmlichen Ergebnissen praktische Konsequenzen.

In der folgenden Untersuchung der einzelnen Merkmale kommt es darauf an, die bisher gewonnenen Ergebnisse zu verwerten: Die Grenzen zur Bestimmbarkeit sind dort zu ziehen, wo im Einzelfall die spezifische Normzugehörigkeit eines Merkmals zulässigen Bestimmtheiterfordernissen entspricht oder diese Erfordernisse mißachtet und unzulässigen Kriterien untergeordnet werden.

I. Die Grenzen bei den durch Normmaßstäbe auszufüllenden Merkmalen

A. Die Berücksichtigung des Erfahrungswissens

Der Zuordnung eines Merkmals, das seinen Inhalt durch den Ausfüllungsmaßstab des Erfahrungswissens erhält, schließt sich, strukturbedingt, von vornherein das Urteil einer zulässigen Konkretisierung an. Eine knappere Darstellung ist daher berechtigt. Gleichwohl auftretende Schwierigkeiten in der Auslegung und Anwendung erlauben einige Rückschlüsse auf die schwierige Feststellung des Begriffs als solchen auch in dieser Gruppe. Das läßt insbesondere die Erörterung des Gefahrbegriffs, der Merkmale "wichtig" (z.B. in § 224), "unübersichtliche Stelle" (§ 315 c) und "den Umständen nach erforderlich" (§ 330 c) geboten erscheinen.

Unabhängig von den verschiedenen Gefahrbedeutungen ¹⁾ wird deren einheitliches Kennzeichen ²⁾ in der Möglichkeit gesehen, daß "nach den obwaltenden, konkreten Umständen der Eintritt eines Schadens als wahrscheinlich gelten kann ..." ³⁾. Die Erfassbarkeit des Begriffs hängt mithin von zwei Komponenten ab: Der sicheren, tatsächlichen Feststellung und der weniger zuverlässigen Beurteilung einer zukünftigen Weiterentwicklung des Geschehens. Das Urteil über die wahrscheinliche Schadensentwicklung enthält zwar ein nicht auszuschließendes subjektives Moment ⁴⁾, überwiegend ist jedoch die generalisierende, typisierende Betrachtungsweise. Nur wenn das die wahrscheinlich eintretende Schadensfolge bejahende Urteil auf allgemeiner Erfahrung beruht, kann überhaupt von einer Gefahr gesprochen werden.

Es ist mithin der Anspruch auf Allgemeingültigkeit ⁵⁾, der den Gefahrbegriff von den ungewissen, subjektiven Befürchtungen trennt und begriffsnotwendig den sicheren Maßstab zwischen bevorstehendem Schadenseintritt und den davon abhängigen, bekannten Geschehensabläufen liefert.

Die Feststellung des Begriffs der Wichtigkeit ("lebenswichtiger Betrieb", § 90, "wichtiges Glied", § 224, "lebenswichtiges Unternehmen", § 316 b Abs. 1 Nr. 2, "andere wichtige Pflichten", § 330 c, "wichtige öffentliche Interessen", §§ 353 b Abs. 1 353 c) hängt letztlich von Abstufungen in der Werteinschätzung des betroffenen Rechtsguts ab. Die Unsicherheit liegt in der

-
- 1) Vgl. §§ 54, 176, 177, 223 a, 249, 252, 255 StGB und vor allem die konkreten und abstrakten Gefährdungsdelikte im 27. Abschnitt des BT.
 - 2) Schon eine abstrakt gültige Festlegung in den Mindestvoraussetzungen des Gefahrbegriffs lehnen ab: Lange, JZ 1965, 297 (300); Amtl. Begründung zum Entwurf 1962, S. 497.
 - 3) RGSt 30, 178 (179); RGSt 68, 430 (433); BGHSt 18, 271 (272); ähnlich Schwarz-Dreher, § 52 Anm. 3 A; Henckel, Gefahrbegriff, S. 30; Mezger-Blei AT S. 93 m.w.Nw.; grundlegend Finger, Begriff der Gefahr, Frank-Festgabe I, 230 (238).
 - 4) Mezger-Blei, AT S. 94.
 - 5) Finger, a.a.O. S. 238.

Abschätzung nach Bedeutungsgraden, die Sicherheit erhält das Merkmal durch die Beziehung zum geschützten Angriffsobjekt. Die Entscheidung, ob ein Betrieb lebenswichtig oder ein Glied wichtig ist oder ob es sich um wichtige Pflichten und Interessen handelt ¹⁾, beruht dann wieder auf einem Erfahrungsurteil. Die allgemeingültige und feststellbare Funktion, die in der üblichen Zuordnung zur Gesamtbedeutung zum Ausdruck kommende Wertschätzung entscheidet danach über die Wichtigkeit.

Bei der Frage, was unter einem wichtigen Glied im Sinne des § 224 zu verstehen ist, leistet die Beachtung des Bestimmtheitsgrundsatzes obendrein eine Hilfestellung zur Ausscheidung unzulässiger Auslegungen. Soll es allein auf die subjektive Beurteilung der Wichtigkeit ankommen ²⁾ oder diese Frage ausschließlich dem Tatrichter zur Beantwortung überlassen bleiben ³⁾, so wird mit einer derartigen Auslegung die Existenz eines gesetzlichen Merkmals geleugnet. Auf der Tatbestandsebene und bei der Erfassung des Begriffs als solchem räumt das Strafrecht keinem Merkmal ausschließlich subjektive oder sonstige rechtsschöpferische Ausfüllbarkeit ein. Eine Auslegung in diesem Sinn ist gesetzeswidrig ⁴⁾.

Daß der Maßstab des Erfahrungswissens zugleich das Kriterium zur Bestimmbarkeit beinhaltet, wird an dem Merkmal der "unübersicht-

-
- 1) Die Entscheidung über die Wichtigkeit einer Beziehung wird jedoch dann wieder erschwert, wenn das in Bezug genommene Angriffsobjekt, wie in §§ 353 b, 353 c mit den "öffentlichen Interessen", seinerseits ungewisse Konturen besitzt; vgl. dazu später die Merkmale, die dem politischen Bereich zuzuordnen sind.
 - 2) vgl. die zutreffende Ablehnung von Henkel, Recht und Individualität, S. 54 Fußn. 85.
 - 3) Mißverständlich RGSt 64, 201: Die Wichtigkeit sei teils rechtlicher, teils tatsächlicher Natur. Da der Inhalt jedes normativen Merkmals an aufweisbare Realitäten anknüpft, kann diese tatsächliche Natur allenfalls die (notwendige, aber selbstverständliche) sinnliche Wahrnehmung bezeichnen, nicht aber den Begriff selbst klären.
 - 4) Eine typische Auslegungsfrage betrifft den Streit darüber, ob die persönlichen Verhältnisse des Verletzten die Wichtigkeit beeinflussen, vgl. die Hinweise bei Schöнке-Schröder, § 224 Rdnr. 2. Das Problem der Feststellung eines Begriffs als solchem bleibt davon unberührt.

lichen Stelle" (§§ 315 a Abs. 1 Nr. 2 d, 315 c Abs. 1 Nr. 2 e) offenbar. Wenn es darauf ankommt, daß der Kraftfahrer "im allgemeinen ... seine Fahrbahn frei übersehen kann" ¹⁾ und entscheidend ist, daß er bei verständiger Würdigung aller gegebenen Umstände triftige Veranlassung hat ..." ²⁾, Hindernisse zu berücksichtigen, so wird damit wiederum Zuflucht genommen zu den allgemeingültig anerkannten Geschehensabläufen.

Die Verknüpfung gegenwärtiger Ereignisse mit der zukünftigen Fortentwicklung wird schließlich mit den Merkmalen der Erforderlichkeit (z.B. in §§ 311 a Abs. 1, 330 c) und der Beurteilung, was "den Umständen nach" geboten ist (vgl. z.B. §§ 142, 330c), selbst hergestellt. Letztlich kann nur erfahrungsgemäßes "Wissen" darüber Auskunft geben, ob eine Hilfestellung erforderlich oder wann eine Unglückssituation abzuwenden ist. Ebenso muß auf der Grundlage der Verkehrserfahrung oder der gewöhnlichen Lebensanforderungen entschieden werden, ob eine Unfallverursachung nach den Umständen in Frage kommt oder eine Hilfeleistung zumutbar ist ³⁾.

Hält man sämtliche Merkmale für zweifelhaft, die ihren Inhalt durch die Ausfüllungsmethode des Erfahrungswissens erhalten, so greift man damit eine Erkenntnismethode menschlichen Verständnisses schlechthin an. Eine solche Konsequenz wird für das Strafrecht ernstlich von keiner Seite erwogen.

Im Gegenteil ist davon auszugehen, daß mit dem Maßstab des allgemeingültigen Erfahrungswissens die Rechtssicherheit garantiert wird: Die gleichmäßige Rechtsanwendung ist nämlich gesichert, wenn die gesetzliche Fixierung auf verbindliche, weil nachprüf-bare Entwicklungsabläufe zurückgreift.

1) BGHSt 13, 169 (171, 172).

2) OLG Celle VRS 31, 33 (34).

3) Die Schwierigkeiten zur Feststellung der Tatbestandskonturen in § 330 c rühren wiederum aus dem Bezugsgebiet her, nämlich der Zumutbarkeit und mithin vom Bereich der Sitte und des Anstandes.

B. Die Beachtung durchschnittlicher Anforderungen

Mit der wachsenden Unsicherheit des Beurteilungsmaßstabes steigert sich die Ungewißheit über die inhaltlich von ihm abhängigen Merkmale. So werden in der Gruppe der normativen Merkmale, die mittels durchschnittlicher Verhältnisse und Anforderungen auszufüllen sind, zum ersten Mal kritische Stimmen laut. Bemängelt werden z.B. die "fließenden Anschauungen" darüber, wie eine "grobe" Vernachlässigung der Erziehungspflichten im Sinne des § 170 d festzustellen sei ¹⁾. Der Tatbestand des § 315 c Abs. 1 Nr. 2 lit. d wird sogar für unbestimmt gehalten, weil das Merkmal "zu schnell fahren" zu völlig unberechenbaren Entscheidungen führe ²⁾. Darüber hinaus scheinen untersuchenswert die Merkmale "geringer Wert" (§ 248 a), "bedeutender Wert" (§247) und "aus Not" (§§ 248 a, 264 a).

Die Beurteilung einer "groben" Verletzungshandlung setzt das Wissen um eine als "normal" zu bezeichnende Beeinträchtigung voraus. Entscheidend ist der Abstand zu dem durchschnittlichen, gewöhnlichen oder als regelmäßig empfundenen Eingriff. Dieser Maßstab findet seinen Niederschlag in den Auslegungskriterien. Ein grob verkehrswidriges Verhalten im Sinne von § 315 c Abs. 1 Nr. 2 ist danach bei einem "besonders schweren Verstoß" zu bejahen ³⁾, grober Eigennutz in § 170 a bei einem Handeln "in einem besonders anstößigen Maße" ⁴⁾. Erst bei der "stärkeren" Rechtsgutsverletzung liegt eine gröbliche Vernachlässigung der Erziehungspflicht vor ⁵⁾, und eine Ruhestörung im Sinne von § 360 Nr. 11 wird nur dann mit dem Makel der Grobheit belegt, wenn sie "in erheblicher Weise" über das zulässige Maß hinausgeht ⁶⁾.

Die in dem Merkmal "grob" festzustellende Steigerung ist insofern bestimmt, als die Festlegung eines mittleren Maßes keinen

1) Luther, NJW 1954, 493 (493).

2) Kunert, Normative Tatbestandsmerkmale, S. 107.

3) OLG Schleswig SchlHA 54, 257; ähnl. OLG Hamm VRS 6, 152 (153).

4) RGSt 75, 237 (240).

5) Jagusch, LK § 170 d Anm. 5; Luther, a.a.O. S. 494 spricht von einem "besonders hohen Grad der Rechtsgutsverletzung".

6) Schönke-Schröder, § 360 Rdnr. 41.

allzu großen Schwierigkeiten begegnet. Erst wenn die grobe Verletzungshandlung an zweifelhafte Rechtsgüter geknüpft ist, hat dies zusätzlich die Ungewißheit der erheblichen Beeinträchtigung zur Folge. Unter diesem Aspekt resultieren z.T. die sich um § 170 d rankenden Bedenken rechtsstaatlicher Art. Die große Reichweite der am sittlichen Wohl zu messenden Erziehungspflichten zieht entsprechende Zweifel nach sich, nicht jedoch die eher zur Konkretisierung beitragende Einschränkung der "erheblichen" Verletzung.

Das auf den ersten Blick starker subjektiver Einstellung verhaftete Merkmal "zu schnell fahren" in § 315 c Abs. 1 Nr. 2 lit. d bleibt dann in gefährlicher Nähe zum unbestimmten Bereich, wenn die herkömmlichen Auslegungsmerkmale mit den Bestimmtheitserfordernissen gleichgesetzt werden. Die Feststellung, es lasse sich nur aufgrund der konkreten Verhältnisse des Einzelfalls entscheiden, wann eine Geschwindigkeit zu groß sei ¹⁾, kennzeichnet die jeder Subsumtion vorausgehende konkrete Wahrnehmung des Einzelfalls. Die davon streng zu trennende Bestimmbarkeit hängt von dem Verhältnis der statthaften schnellen Fahrweise ab ²⁾. Kann man die den Umständen nach erforderliche durchschnittliche Fahrweise abschätzen, ist das Maß gesetzt für die Beurteilung überdurchschnittlichen Verhaltens, nämlich des "zu schnellen" Fahrens. Die übliche schnelle Fahrweise wiederum bemißt sich nach den festgelegten Geschwindigkeitsgrenzen oder nach den erfahrungsgemäß eintretenden Anforderungen in bestimmten Verkehrssituationen.

Die Abhängigkeit von durchschnittlichen Wertordnungen zeigt sich auch bei den von Mezger ³⁾ in die Gruppe der Elemente mit quantitativer Abschätzung eingereihten Merkmalen. Die Entfernung vom "Normalwert" gibt Auskunft darüber, ob ein Gegenstand oder eine Menge "geringwertig" ist oder es sich um Sachen von "unbedeutendem"

1) Statt vieler: Schönke-Schröder, § 315 c Rdnr. 20.

2) Für die Ausübung eines richterlichen Ermessens, wie es Kunert, S. 107, hier als zwangsläufig ansieht, besteht daher weder eine Notwendigkeit, noch gehört es zum Wesen der Feststellung des von ihm so genannten Würdigungsbegriffs. Vgl. zu dem Merkmal auch Engisch, Mezger-Festschrift, S. 155.

3) Mezger, Lb 3. Aufl., S. 192.

bzw. "bedeutendem Wert" handelt. Die Feststellung dieser Abschätzungsmerkmale kann nur gelingen, wenn der Richtpunkt des mittleren Maßes auf verlässlichem Fundament ruht. Eine Ausrichtung nach Zahlenwerten, wie sie z.B. bei § 315 a.F. mit der Mindestgrenze des bedeutenden Wertes bei etwa 500,- DM festgesetzt wird ¹⁾ oder mit dem Mindestmaß der dem Täter für eine Woche zustehenden Arbeitslosenunterstützung ²⁾ zur Feststellung der Geringwertigkeit in § 248 a versucht wird, ist weder ausschließliches noch notwendiges Bestimmtheitserfordernis. Der Verkehrswert richtet sich nach sachlichen Gesichtspunkten ³⁾. Die Abweichung von durchschnittlichen Verhältnissen beruht mithin auf verlässlichen Kriterien.

Schließlich läßt sich eine Notlage im Sinne von §§ 248 a, 264 a nur dann bestimmen, wenn Klarheit besteht über die Voraussetzungen eines üblichen, regelmäßigen Verbrauchs für den Lebensunterhalt. Der Ausnahmezustand der Not wird gekennzeichnet durch den Abweichungsgrad zu den tatsächlich nachprüfbaren Beurteilungen über die Daseinsvorsorge. Die Schwierigkeit einer Beurteilung dieses Abstandes wird dadurch behoben, daß die Not als ein "Mangel an dem, was zum Leben unbedingt erforderlich ist" ⁴⁾, nur gewichtige Ausnahmesituationen erfaßt ⁵⁾.

C. Die vergleichende Betrachtungsweise

Der Maßstab des Vergleichs eignet sich in besonderem Maß zur begrifflichen Feststellung. Seine Eigenart äußert sich bereits in

1) OLG Schleswig VerKMitt 63, 86.

2) so Schönke-Schröder, § 248 a Rdnr. 3. Gegen eine solche ziffernmäßige Festlegung schon Frank, § 247 Anm. II, 2, sowie vor allem BGHSt 6, 41, (45).

3) BGHSt 5, 263 (265); 6, 41 (43); Mezger-Blei, BT S. 151.

4) BGHSt 5, 263 (267).

5) Ob diese Ausnahmesituation schon begrifflich die Einengung enthält, eine Notlage nur dann anzunehmen, wenn sie "einen übermächtigen, zwingenden Einfluß auf den Willen des Täters auszuüben vermag" (RG GA Bd. 63, 443), ist allerdings zweifelhaft. Gegen die zu enge Auffassung des Notbegriffs schon Frank, § 248a Anm. IV 2b.

einer Meßbarkeit, indem ein ursprünglicher Zustand oder ein anfängliches Ereignis in Beziehung zu dem späteren zu setzen ist. So kann z.B. eine Beeinträchtigung auf den verschiedensten Gebieten (des Bestandes und der Sicherheit der Bundesrepublik in §§ 81 ff. ¹⁾, der wirtschaftlichen Stellung in §§ 241 a Abs. 1, 234 a Abs. 1, der Sicherheit im Verkehr in §§ 315 ff. ²⁾) nur ermittelt werden, wenn der Anfangszustand mit dem Zustand nach der Einwirkung verglichen wird.

Ungewißheit können in dieser Gruppe einmal auftreten, wenn bereits geringe Vergleichsunterschiede zur Bejahung des Begriffs ausreichen. Hieraus erklären sich z.T. die Bedenken gegenüber einer Ausweitung des § 263 StGB, wenn der Begriff des Vorteils auf jede wirtschaftliche Besserstellung ausgedehnt wird ³⁾. Angesichts der notwendigen Gegenüberstellung zur Vermögensminderung und der Betonung, erst eine hierdurch hervortretende Unterschiedlichkeit könne zur Annahme eines Vorteils führen ⁴⁾, greifen diese Bedenken nicht durch.

Dem Begriff des Vorteils ist wesensmäßig eine vergleichbare Meßbarkeit zu eigen. Aus diesem Grund verliert der Begriff des Vorteils auch nicht seine Bestimmtheit, weil er, wie in § 331 StGB, möglicherweise auf den immateriellen Bereich auszudehnen ist ⁵⁾.

1) 2)

In der Legaldefinition des § 92 Abs. 1 S. 1 sind die aus der Einwirkung nachfolgenden Zustände aufgezählt: Die fremde Botmäßigkeit, die Beseitigung der staatlichen Einheit und die Loslösung eines Teiles der BRD. Ebenso sind in § 315 Abs. 1 die auf die Einwirkung erfolgenden Veränderungen aufgeführt: Die Zerstörung, Beseitigung der Anlagen u.s.w.

3) So hält z.B. Naucke, Betrug, S. 215, eine wirtschaftliche Begründung des Schadensbegriffes für verfassungswidrig. Naucke argumentiert dabei vor allem aus der seiner Meinung nach allein maßgeblichen Sicht des historischen Gesetzgebers, vgl. hierzu oben S. 73, 74.

4) vgl. die Umschreibungen, ein Vermögensvorteil bedeute jede günstigere Gestaltung der Vermögenslage, Schwarz-Dreher, § 263 Anm. 7 A m.w.Nw.

5) so RGSt 77, 75 (78); BGHSt 14, 123 (128); vgl. m.w.Nw. Schönke-Schröder, § 331 Rdnr. 7.

Eingeschlossen in die Begriffsbedeutung des Vorteils ist jede feststellbare Besserstellung ¹⁾. Erst mit der Unmöglichkeit einer solchen Meßbarkeit würde der Begriff als unbestimmt zu gelten haben, mithin aber auch kein Vorteil anzunehmen sein.

Zum anderen ist denkbar, daß die Ungewißheit über das Vergleichs-substrat zur Unbestimmtheit führen kann. Am Beispiel des ruhestörenden Lärms in § 360 Nr. 11 StGB wird diese Gefahr ersichtlich. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch wären unübersehbare Beeinträchtigungen auf akustischem Gebiet als ruhestörend zu bezeichnen. Die vergleichende Betrachtungsweise im Verein mit der spezifischen Tatbestandskonstruktion vermag jedoch in diesem Fall die sicheren Anhaltspunkte zu liefern. Nicht jedes ruhestörende Verhalten erfüllt den Tatbestand, sondern es bedarf, wie aus der Beziehung zum "Lärm" ersichtlich ist, einer gewissen Erheblichkeit ²⁾. Also ist der Begriff feststellbar durch das Verhältnis des akustischen Zustands vor und nach der Geräuscheinwirkung.

Die Verlässlichkeit bei den genannten Merkmalen ist deswegen so groß, weil mit der vergleichenden Betrachtungsweise die Meßbarkeit als Erkennungsmerkmal eingeschlossen ist. Werden Inhalt und Konturen eines Begriffs durch das Ausmaß der Unterschiede festgelegt, so vermittelt diese Ausfüllung selbst ein Bestimmtheitserfordernis.

Insgesamt tauchen bei keinem der durch Normmaßstäbe auszufüllenden Merkmale ernsthafte Zweifel über die Vereinbarkeit mit dem Bestimm-

1) Das Erfordernis der Meßbarkeit betonen insbes. Frank, § 257 Anm. VII und Schönke-Schröder, § 331 Rdnr. 7. Diese Erwägung macht es auch entbehrlich, auf die verschiedenen Inhalte der Vorteilsbegriffe einzugehen, vgl. etwa die Regelungen in §§ 257, 258, 259, 263, 331 ff.

2) Teilweise wird diese Ableitung als "ungeschriebene Tatbestands-einschränkung" bezeichnet, so u.a. Mezger-Blei, BT S. 308.

heitsgrundsatz auf ¹⁾. Diese Feststellung erhält erst dann ihr volles Gewicht, wenn die Schwierigkeiten in der Bestimmung der durch Normenbestände auszufüllenden Merkmale sichtbar geworden sind.

II. Die Grenzen bei den durch Normenbestände auszufüllenden Merkmalen

Der den normativen Merkmalen eigentümliche zweistufige Feststellungsakt wirkt bei den durch Normenbestände auszufüllenden Merkmalen die Frage nach der Eindeutigkeit dieser Ausfüllungsgebiete auf. Die Sicherheit in der Erkenntnis des Normenbereichs und die Weite seines Geltungsbereiches haben, wie ausgeführt ²⁾, darüber Auskunft zu geben, ob der Begriff als solcher die Tatbestandsgarantie vermittelt oder ob die Grenzen zur Unbestimmtheit überschritten sind.

Die unterschiedliche Schwierigkeit in der Feststellung der normativen Merkmale je nach dem Herkunftsgebiet bestimmt das Schwerkraft der Untersuchung. Im Verhältnis zum Bereich von Sitte und Anstand ist der Prüfung der Fachgebiete daher weniger Raum einzuräumen. Hiermit rechtfertigt sich die Erörterung nur eines dem rechtlichen Bereich angehörenden Merkmals gegenüber der Unter-

1) Die Beurteilung der Verfassungswidrigkeit des "ähnlichen" Eingriffs in § 315 b Abs. 1 Nr. 3 durch Isenbeck, NJW 1969, 174 ff. vermag weder im Ergebnis noch in der Begründung zu überzeugen. Die Behauptungen, aus den genannten Beispielen (S. 175) sei ersichtlich, der Richter entscheide nach eigener Überzeugung über die Strafwürdigkeit und die Bestimmung sei völlig dem Ermessen überlassen (S. 176), dürften Isenbeck nur deswegen so leicht fallen, weil er weder die positiven Voraussetzungen des Bestimmtheitsgrundsatzes untersucht noch die gesetzlichen Bezugsbeispiele. Die Gewißheit der Vergleichssubstrate (Anlagen zerstören, Hindernisse bereiten u.s.w.) und das Korrektiv der Gefahr (ebenso gefährlicher Eingriff) kennzeichnen auch in diesem Fall die Bestimmbarkeit.

2) vgl. oben S. 102.

suchung mehrerer Merkmale, die in Beziehung zu dem politischen Gebiet zu setzen sind.

A. Die Ausfüllung normativer Merkmale durch Fachgebiete

Im einzelnen sollen das dem Rechtsbestand angehörende Merkmal der "verfassungsmäßigen Ordnung" in §§ 81 ff. untersucht werden und aus dem politischen Bereich die Merkmale "im politischen Leben des Volkes stehend" in § 187 a, "aus politischen Gründen" in § 234 a sowie "wichtige öffentliche Interessen" in §§ 353 b, 353 c.

1. Normative Merkmale, die dem rechtlichen Bereich zuzuordnen sind

Insbesondere im Hinblick auf rechtsstaatliche Anforderungen wurde die gesetzgeberische Methode fallengelassen, die Vorschriften über den Hochverrat im Wege einer Generalklausel zu manifestieren ¹⁾. Begreiflicherweise setzt die Kritik dort an, wo mit dem Merkmal der "verfassungsmäßigen Ordnung" in § 81 Abs. 1 Nr. 2 (§ 80 Abs. 1 Nr. 1 a.F.) eine generalklauselähnliche Formulierung gewählt wurde.

So äußert Bader ²⁾ "stärkste Bedenken gegen eine generalisierende Fassung", weil sich im Jahre 1950 die an die Verfassungsordnung gebundenen Einrichtungen des demokratischen Rechtsstaats noch nicht genügend herausgebildet hätten. Drost ³⁾ hält den Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung sogar für völlig unbestimmbar, weil kein Mensch wisse, wo seine Grenzen lägen.

1) Zu der Entwicklung des Strafrechtsänderungsgesetzes vom 30.8.1951 vgl. im einzelnen Schafheutle, JZ 1951, 609, da das Merkmal der verfassungsmäßigen Ordnung demjenigen in § 80 a.F. entspricht. Zu der Entstehungsgeschichte des 8. StAG vgl. u.a. Krauth, Kurfess, Wulf, JZ 1968, 577 ff., 609, ff., 731 ff. sowie Woesner, NJW 1968, 2129 ff.

2) Bader, 38. DJT, Teil E S. 33.

3) Drost, 38. DJT, Teil E S. 60.

Schröder ¹⁾ stellt die Frage, ob unter der verfassungsmäßigen Ordnung die Staatsidee einer Demokratie oder die konkrete Staatsordnung zu verstehen sei. Die in der Abwägung auftretenden Unsicherheiten beleuchten in typischer Weise die Schwierigkeit, in anderen Normenbereichen geprägte Begriffe an den Erfordernissen strafrechtlicher Begriffsschärfe zu messen. Mit der Verwendung des Begriffs aus dem Grundgesetz ²⁾ steht weder dessen allgemeine strafrechtliche Zulässigkeit fest ³⁾, noch ist er inhaltsgleich mit der besonderen Bedeutung, die er im Staatsrecht erhalten hat ⁴⁾.

Die erforderliche Klarheit des Begriffs der verfassungsmäßigen Ordnung ist jedoch auch bei Berücksichtigung der strafrechtlichen Eigenständigkeit ohne weiteres zu bejahen.

Die Bestimmbarkeit ist gewährleistet, weil im Gebiet des Staatsrechts gefestigte Anschauungen darüber bestehen, was unter der verfassungsmäßigen Ordnung zu verstehen ist ⁵⁾. Die in § 92 Abs. 2 genannten Verfassungsgrundsätze enthalten außerdem wichtige Bezugspunkte ⁶⁾. Schließlich sind die Begriffsgrenzen mit der zweckbestimmten Einschränkung gezogen, die Ordnung müsse auf dem Grundgesetz oder den Verfassungen der Länder beruhen.

Ohne daß dies neben dem Merkmal der verfassungsmäßigen Ordnung an weiteren Beispielen auszuführen wäre, fällt zugunsten der Bestimmtheit rechtsnormativer Begriffe entscheidend ins Gewicht, daß das Rechtsgebiet als Regelungsmaterie selbst Maßstäbe setzt. Diese Maßstabhaftigkeit überträgt sich auf die einzelnen Tatbestandsmerkmale und sichert damit in aller Regel deren Eindeutigkeit. Rechtsnormative Merkmale leiten ihre Bestimmtheit aus dem

1) Schönke-Schröder, § 81 Rdnr. 7.

2) Der Begriff "verfassungsmäßige Ordnung" erscheint in Art. 2 Abs. 1, 9 Abs. 2, 20 Abs. 3, 28 Abs. 1, 3, 98 Abs. 2, 143 Abs. 1 GG.

3) siehe oben S. 139 ff.

4) vgl. u.a. Schönke-Schröder, § 81 Rdnr. 7 m.w.Nw.

5) vgl. BGHSt 6, 336 (338); 7, 222 (226); 9, 285 (286); Copić, Politisches Strafrecht, S. 63.

6) vgl. u.a. Mezger-Blei, BT S. 358.

als verbindlich anerkannten, erkennbaren und umgrenzbaren Bereich des jeweiligen Rechtsgebiets ab.

2. Normative Merkmale, die dem politischen Bereich zuzuordnen sind

Der für die Bestimmbarkeit bedeutsame Akt auswählender Auffüllung aus dem insgesamt nicht eindeutigen Normgebiet der Politik wird bei den Merkmalen "im politischen Leben des Volkes stehend" in § 187 a sichtbar sowie bei den "wichtigen öffentlichen Interessen" in §§ 353 b, 353 c.

Ogleich gegen die Bestimmtheit der Tatbestände der üblen Nachrede oder der Verleumdung, §§ 186, 187, ernsthaft keine Bedenken vorgetragen werden, gehört der vergleichsweise engere Tatbestand der politischen üblen Nachrede in § 187 a zu den wenigen Strafnormen, die von einem obersten Gericht auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu prüfen waren. Die Begründungen, mit denen das Bundesverfassungsgericht ¹⁾ die hinreichende Bestimmtheit bejaht, vermögen jedoch nicht zu überzeugen ²⁾, wenngleich im Ergebnis keine durchgreifenden Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift bestehen.

Die beiden tragenden Gesichtspunkte in der Entscheidung wurden bereits eingehend erörtert: Die als unentbehrlich empfundene Verwendung allgemeiner Begriffe läßt sich weder mit der Notwendigkeit rechtfertigen, der Vielgestaltigkeit des Lebens Rechnung zu

1) BVerfG 4, 352 (358).

2) Dürig, in Maunz-Dürig, Art. 103 Rdnr. 107, macht dem Bundesverfassungsgericht den Vorwurf, es halte "bedenklicherweise" den Begriff "im politischen Leben des Volkes stehend" für hinreichend bestimmt.

tragen ¹⁾, noch wird ein Tatbestand dadurch hinreichend bestimmt, daß die Rechtsprechung ihrer Aufgabe gerecht geworden ist, "seinen Inhalt zu klären und abzugrenzen" ²⁾. Nicht die Auslegungsfähigkeit eines Merkmals ist der Sitz der Tatbestandsgarantie, sondern die Feststellbarkeit des Begriffs als solchen. Nicht die generell behauptete Strafwürdigkeit berechtigt zum Eingriff, sondern nur die bestimmte Strafnorm.

Die Unsicherheit in der Feststellung der im politischen Leben des Volkes stehenden Personen gründet sich nur zum Schein auf den mangelnden Überblick: Der Adressatenkreis ist bei den anderen Beleidigungsdelikten ungleich weiter gezogen. Entscheidend für die Tatbestandsbestimmtheit ist in diesem Fall nicht das Beurteilungs-substrat, sondern der Beurteilungsmaßstab. Den verlässlichen Maßstab enthält die Einschränkung, die Person müsse im politischen Leben "des Volkes" stehen ³⁾. Mit dieser Auswahl aus dem Gesamtbereich der Politik wird die erforderliche Eindeutigkeit des Begriffs gesichert und vor allem eine sichere Abgrenzung zu der Fülle der übrigen, die das Gebiet der Politik ausfüllenden Faktoren gewährleistet.

Die als zu weit empfundenen Tatbestände der §§ 353 b, 353 c sollten ebenfalls durch zusätzliche Einschränkungen eine eindeutigeren Regelung erhalten. Es mag bezweifelt werden, ob mit der Aufnahme des Merkmals der "wichtigen öffentlichen Interessen" zugleich die Tat-

1) Siehe oben S. 111-117; auch in der Amtl. Begründung zum Entwurf 1962, S. 319 wird auf die "Notwendigkeit eines erhöhten Strafschutzes" abgestellt, der gegenüber "gewisse Bedenken" in der Abgrenzung nicht durchschlagen.

2) siehe oben S. 67-73; ebenso sieht es der Entwurf 1962, Amtl. Begründung S. 319 als die Aufgabe der Rechtsprechung an, die Grenzen des Tatbestandes deutlich zu machen.

3) Auf dieses Erfordernis machen insbes. aufmerksam Mezger-Blei, BT S. 117; vgl. auch Maurach BT S. 157: " ... Personen, deren Einfluß und Beachtung sich auf staatliche Angelegenheiten von allgemeiner und grundsätzlicher, für das ganze Volk maßgebender Bedeutung erstreckt".

bestandsbestimmtheit gefördert worden ist ¹⁾).

In den Lehrbüchern und Kommentaren findet sich kaum eine abstrakte Umschreibung des Begriffs, sie wird in aller Regel durch Beispielsfälle ersetzt ²⁾. Losgelöst von der speziellen Tatbestandsausgestaltung ist nicht ersichtlich, inwieweit sich das öffentliche Interesse von dem allgemeinen politischen unterscheidet. Darüber hinaus bringt die Tatbestandsausdehnung auf die Interessengefährdung ³⁾ eine nicht unerhebliche Ausweitung mit sich, so daß Welzel ⁴⁾ mit einigem Recht die Umschreibung des § 353 b als zu unklar und zu unbestimmt bezeichnet.

Das Tatbestandserfordernis der wichtigen öffentlichen Interessen hat unzweifelhaft, der ratio legis entsprechend, eine Beschränkung auf die nur strafwürdigen Fälle der Offenbarung von Dienstgeheimnissen zur Folge. Zugleich führt es aber zur Unsicherheit über dessen Voraussetzungen.

Die Erwägung, die engere Tatbestandsfassung bewirke im Ergebnis auch einen bestimmteren Tatbestand, vermag dabei nicht zu überzeugen. Das Bestimmtheitsproblem ist Quantitätserwägungen dieser Art nicht zugänglich. Der Bestimmtheitsgrundsatz aktualisiert sich qualitativ in jedem einzelnen konkreten Fall, nicht in Gesamtberechnungen ⁵⁾.

- 1) Dieser Widerspruch läßt sich bis zu der Entstehung des § 353 c zurückverfolgen: Während einerseits die Notwendigkeit betont wird, wenigstens die schwersten Fälle des Geheimnisbruchs zu verfolgen, werden andererseits die Zweifel hervorgehoben, eine Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen feststellen zu können, Amtl. Begründung des Ges. vom 2.7.1936 in DJ 1936, 996 (997).
- 2) Maurach, BT S. 728: Die Rechtsprechung zu diesem Merkmal sei "zwangsläufig nicht ohne Kasuistik"; auch Köhler, GS 108, 126 (137) bildet lediglich einen Beispielsfall.
- 3) vgl. den in BGH NJW 1957, 117 entschiedenen Fall, wonach bereits die "Möglichkeit einer störenden Einflußnahme Unbefugter" auf den Gang eines Ermittlungsverfahrens als Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen angesehen wird.
- 4) Welzel, Lb S. 22.
- 5) Diese Begründung zeigt die enge Verwandtschaft zu derjenigen, mit der aufgrund einer behaupteten Strafwürdigkeit allgemeinere Begriffe für zulässig erachtet werden (vgl. oben S. 111-117: In beiden Fällen soll letztlich das Allgemeinwohl die Wirksamkeit des Individualanspruchs aus Art. 103 Abs. 2 GG hindern).

Einer Kritik an der Bestimmtheit des Merkmals der wichtigen öffentlichen Interessen kann demnach nicht entgegengehalten werden, ohne diese Einschränkung wäre der Tatbestand noch unbestimmter. Die in einem solchen Fall konsequente Auffassung von der Unbestimmtheit der weiten wie auch der engeren Tatbestandsfassung wird jedoch bei den §§ 353 b, 353 c vermieden, da die Eingrenzung zugleich den Bestimmtheitsanforderungen genügt.

Vergleichbar mit der feststellbaren Einschränkung in § 187 a, die angegriffene Person müsse im politischen Leben "des Volkes" stehen, sichert in den §§ 353 b, 353 c die Beachtung des Merkmals der "wichtigen" öffentlichen Interessen die notwendige Begriffsklarheit. Das bereits in schwacher Form abgrenzende Merkmal der "Interessen" von den sonstigen öffentlichen Belangen erhält feste Konturen durch das den öffentlichen Beziehungen beizumessende Gewicht ¹⁾. Das Ausmaß dieser erheblichen Beziehung ist überschaubar, das Maß selbst bestimmbar im Vergleich zu den unwichtigen öffentlichen Interessen. Mithin führen wiederum die Auswahl aus dem Gesamtbereich des politischen Gebiets und die diese vermittelnden Maßstäbe zu der Bestimmtheit des Begriffs.

Der geringe, sich bis zur Überflüssigkeit entleerende Nutzen einer vermeintlichen Tatbestandseinschränkung zu Lasten der Bestimmtheit ist schließlich an dem Tatbestand der Verschleppung in § 234 a StGB abzulesen. Während das entsprechende Berliner Gesetz ²⁾ das Merkmal der Verfolgung aus politischen Gründen "mit gutem Grund" ³⁾ nicht enthält, verursacht dieser Zusatz in § 234 a StGB mehr Zweifel als er zur Klarstellung dienlich ist.

Legt man die vom Bundesgerichtshof ⁴⁾ entwickelten Maßstäbe zugrunde, taucht die Frage nach den Grenzen des Begriffs auf. Eine

-
- 1) Vgl. BGH NJW 1957, 1117, wonach die wichtigen öffentlichen Interessen in Beziehung zu den wesentlichen Voraussetzungen eines Behördenapparats gesetzt werden.
 - 2) § 2 des Gesetzes zum Schutz der persönlichen Freiheit vom 14.6.1951 (GVBl S. 417).
 - 3) Kohlrausch-Lange, § 234 a Anm. 1.
 - 4) BGHSt 6, 166 (167).

Verfolgung aus politischen Gründen ist danach "vor allem auch dann anzunehmen ..., wenn die Tat, deren jemand verdächtigt wird, an sich zwar nach Strafgesetzen, wie sie auch in einem Rechtsstaat gelten, verfolgbar ist, wenn sie aber zugleich eine politische Deutung und Auswertung zuläßt".

Im Hinblick auf eine Begriffsfestlegung enthält diese Auslegung nur ein tautologisches Element. Unklar bleibt, wann eine Tat eine politische Deutung und Wertung zuläßt.

Allein Maurach ¹⁾ unternimmt eine nähere Konkretisierung: Maßgeblich für die Verfolgung aus politischen Gründen sei ausschließlich die humanitäre Auffassung.

Ob damit ein sicherer Maßstab zur Auswahl aus dem Normenbestand der Politik zur Verfügung steht, erscheint freilich ebenso ungewiß wie das Merkmal "aus politischen Gründen". Die Anschauungen darüber, was einer humanitären Auffassung entspricht, gehen weit auseinander. Sie unterliegen vergleichsweise ähnlichen Feststellungsschwierigkeiten wie die Bestimmbarkeit der politischen Gründe.

Verlässliche Anhaltspunkte für die Eingrenzung sind letztlich nur aus dem Tatbestandszusammenhang zu gewinnen. Mittels der kumulativen Verknüpfung, die Verfolgung aus politischen Gründen müsse "hierbei im Widerspruch zu rechtsstaatlichen Grundsätzen" stehen und der Schaden des politisch Verfolgten "durch Gewalt- oder Willkürmaßnahmen" verursacht sein, wird auf erfahrbare, weil dem Rechtsgebiet angehörende Merkmale, Bezug genommen. Einer Verschleppung, die nicht gegen rechtsstaatliche Grundsätze verstößt, liegen auch keine politischen Gründe zugrunde. Eine gesetzmäßige Freiheitsbeschränkung - und mithin die Unanwendbarkeit von § 234 a StGB - zeichnet sich gerade durch die Geltungskraft rechtlicher und nicht politischer Erwägungen aus ²⁾.

1) Maurach, NJW 1952, 163 (165).

2) vgl. Kohlrausch-Lange, § 234 a Anm. 1: Es komme nur auf die Auslieferung an eine rechtliche Willkür an.

Als Ergebnis ist mithin festzuhalten, daß auch die normativen Merkmale, die dem politischen Bereich zuzuordnen sind, in keinem Fall in unaufhebbarer Widerspruch zu den Bestimmtheitserfordernissen stehen. Die Vielfältigkeit der den politischen Bereich beeinflussenden Stellungnahmen und Werthaltungen im Verein mit der fehlenden Möglichkeit, dem politischen Gebiet selbst Begrenzungen oder bestimmte Ausschnitte zu entnehmen, zwingen dazu, die Tatbestandsgarantie nur bei einer Auswahl aus dem generell unbestimmten politischen Bereich verwirklicht zu sehen.

Erst die Aussonderung und diese nur unter der Voraussetzung, daß die aussondernden Maßstäbe auf festen und sicheren Kriterien beruhen, garantieren im einzelnen die Tatbestandsbestimmtheit bei den normativen Merkmalen, die ihre Ausfüllung im politischen Bereich erfahren.

B. Die Ausfüllung normativer Merkmale durch den Bereich von Sitte und Anstand

Bei einer Zusammenstellung der umstrittensten Merkmale, die durch den Normenbereich der Sitte und des Anstandes ausgefüllt werden, fallen die nahezu inhaltsgleichen Formulierungen auf, mit deren Kriterien die Ausfüllung der Merkmale vorzunehmen sei.

Was Sitte oder Anstand in § 184 Abs. 1 Nr. 3 a gebieten, soll nach der "Anschauung aller verständigen, billig und gerecht denkenden Menschen innerhalb eines Rechts- oder Kulturkreises" ¹⁾ zu bestimmen sein. In gleicher Weise sollen sich die guten Sitten in § 226 a nach dem "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" richten ²⁾.

1) BGH NJW 1959, 1092.

2) St. Rspr., vgl. u.a. RG JW 1938, 30 (31); BGHSt 4, 24 (32).

Ähnlich werden die "sittlichen Anschauungen unseres Kulturkreises"¹⁾ als maßgeblich für das sittliche Wohl eines Kindes im Sinne von § 170 d erachtet, die allgemeine sittliche Wertung²⁾ für die niedrigen Beweggründe in § 211 und die allgemeine Verkehrssitte als entscheidend für die Beurteilung des groben Unfugs³⁾.

Eine pauschale und insofern unbegründete Bejahung der Bestimmtheit dieser zweifelhaftesten Merkmale mag ihre Ursache darin finden, daß von der Gemeinsamkeit der auf den sittlichen Bereich verweisenden Begriffe unberechtigterweise auf die Gleichheit in den Bestimmtheitserfordernissen geschlossen wird.

Bei der folgenden Untersuchung wird also besonderer Wert auf die unterschiedlichen Regelungsmaterien zu legen sein, um die andernfalls eintretende - von Roxin⁴⁾ mit Recht herausgestellte - Ausweglosigkeit in der Konkretisierung des allgemeinen Sittengesetzes zu vermeiden.

Eine den Gang der Untersuchung bestimmende Reihenfolge zeichnet sich dabei nicht ab. Mit einiger Berechtigung lassen sich allenfalls vor die Erörterung der Merkmale, die eine Bewertung allgemeiner Handlungsweisen erfordern (die niedrigen Beweggründe, die guten Sitten, die Verwerflichkeit und der grobe Unfug), diejenigen aufführen, in denen eine besondere Beziehung zu Erziehungspflichten herzustellen ist (das sittliche Wohl eines Kindes) oder speziell zum geschlechtlichen Bereich (unzüchtige Handlung). Am Beginn der Untersuchung soll das Merkmal stehen, das bereits verbal den gesamten Normenbestand kennzeichnet: "In einer Sitte oder Anstand verletzenden Weise" in § 184 Abs. 1 Nr. 3 a.

1) BGHSt 3, 256 (257).

2) BGHSt 3, 133.

3) Werner, LK § 360 Anm. XI, 14.

4) Roxin, JuS 1964, 373.

1. Das Merkmal "in einer Sitte oder Anstand verletzenden Weise"
in § 184 Abs. 1 Nr. 3 a

Mit der Aufnahme des gesamten Bereichs von Sitte und Anstand in das Merkmal "in einer Sitte oder Anstand verletzenden Weise" in § 184 Abs. 1 Nr. 3 a wird die Tatbestandsgarantie gesprengt, wenn dieser Bereich nicht erkennbar oder seine Reichweite nicht feststellbar ist. Die Entscheidung hierüber hängt von dem normativen Ausfüllungsakt ab, mit dem das allgemeine Sittengesetz in der speziellen Tatbestandsausgestaltung konkretisiert werden kann. In Betracht kommen vor allem die "Anschauung aller verständigen, billig und gerecht denkenden Menschen" sowie andere Beurteilungsmaßstäbe.

Die von der Rechtsprechung entwickelte Entscheidungsabhängigkeit der Gebote der Sitte und des Anstandes von allen billig und gerecht Denkenden erweist sich als eine ebenso richtige wie überflüssige Leerformel ¹⁾. Jeder ernstzunehmende Urteilende wird der Auffassung sein, er gehöre zu den billig und gerecht Denkenden ²⁾. Andersdenkende sind nicht deswegen von dieser Gruppenzugehörigkeit ausgeschlossen, weil es schlichtweg behauptet wird ³⁾. Entscheidend sind die Erwägungen, mit denen eine Denkungsweise als billig oder gerecht zu begründen ist. Daher wäre es inhaltlich bedeutungslos, wenn die von der Rechtsprechung gebrauchte Formel wegfielen: Auch in diesem Fall trüge jedes Urteil den immanenten

-
- 1) Vgl. Arzt, Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, S. 100: In der Formel liege keine Begründung der Entscheidung, sondern eine Behauptung. Wenn Arzt unmittelbar danach der Formel trotzdem ihren guten Sinn und ihre Existenzberechtigung zubilligt, weil sie den Richter an seine Verantwortung gegenüber der Gemeinschaft und für seine Entscheidung erinnere, so hilft der Appell an die Berufspflichten über die Untauglichkeit dieses Maßstabs nicht hinweg. Diese Billigung läßt für den Bereich des Strafrechts eine Auseinandersetzung mit dem Prinzip der gesetzlichen Bestimmtheit und der Gewaltenteilung vermissen.
- 2) vgl. hierzu Mezger-Blei, BT S. 46.
- 3) Diesen Vorwurf erhebt zu Recht das Bundesverwaltungsgericht in NJW 1960, 1407 (1409) gegen die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

Anspruch, gerecht und billig zu sein, ohne daß es hierzu der formalen Sanktion durch ein bekräftigendes "Anstandsgefühl aller" bedürfte.

Welch geringer Erkenntniswert der formelhaften Wendung im Einzelfall zukommt, zeigt der unversöhnliche Streit zwischen der Auffassung des Bundesgerichtshofs und der des Bundesverwaltungsgerichts zu der Frage, ob das Feilhalten von Präservativen in Warenautomaten gegen Sitte oder Anstand verstößt.

Von den beiden grundverschiedenen Methoden, eine Werthaltung entweder nach einer a priorischen Sollensordnung oder einer quantitativen, empirischen Seinsordnung auszurichten, hat sich der Bundesgerichtshof für den ersten Weg entschieden, das Bundesverwaltungsgericht z.T. für den zweiten.

Auskunft über die Erkenntnismittel, wie der Bereich von Sitte und Anstand einsehbar sei, wird vom Bundesgerichtshof ¹⁾ nur mit einer behaupteten Subsumtion erteilt: Maßgebend für die Auffassung über Sitte und Anstand sei die Anschauung aller verständigen, billig und gerecht denkenden Menschen innerhalb eines Rechts- oder Kulturkreises. Aufgrund der "danach gültigen Anschauung" sei von der Geschlechtsbegegnung der Menschen, weil sie stets mit schamvoller, körperlicher Entblößung oder Berührung verbunden sei, jeder fremde Sinn fernzuhalten.

Daß es sich hierbei in Wahrheit nur um eine Aussage mit Erkenntnischarakter handelt, verdeutlichen die als Postulate vorgetragenen Begründungen des Bundesgerichtshofes. Danach "muß" bei allen anständigen und gesitteten Menschen Ärgernis erregen, wer Präservative auf öffentlichen Straßen feilhält.²⁾ Dieses Angebot "muß" bei Kindern und Jugendlichen alle Begriffe von Sitte und Anstand hoffnungslos verwirren ³⁾. Ein solcher Automat "muß" notwendig Anstoß erregen ⁴⁾, gleichviel, ob andere anstößige Umstände hin-

1) BGH NJW 1959, 1092.

2) 3) 4)

BGH NJW 1959, 1092.

zutreten oder fehlen ¹⁾.

Die innere Unverbindlichkeit derartiger Sollensgesetzlichkeiten tritt offener zu Tage als in den widersprechenden Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts ²⁾. Das Bundesverwaltungsgericht bestreitet die Existenz einer einheitlichen Anschauung "aller" billig und gerecht Denkenden. Da in den Fragen von Sitte und Anstand auch nicht die persönliche Meinung maßgebend sei, könne nur die überwiegende Ansicht aus dem Kreis aller verständigen, billig und gerächt denkenden Menschen zur Grundlage eines Urteils herangezogen werden. Daraus folge, daß § 184 Abs. 1 Nr. 3 a nur anwendbar sei, wenn das Angebot von Präservativen eine offenkundige Schamlosigkeit darstelle, also nicht schlechthin beim Außenautomaten, sondern nur beim Hinzutreten anderer anstößiger Umstände.

Obwohl der Bundesgerichtshof gezwungen war, seine Auffassung zu überprüfen ³⁾, ist er im Hinblick auf sein methodisches Vorgehen nicht auf die Kritik des Bundesverwaltungsgerichts eingegangen. Mißt man der pauschalen Feststellung des Bundesgerichtshofs volles Gewicht zu ⁴⁾, es komme nicht auf die Zahl abweichender gerichtlicher Entscheidungen an, sondern allein auf die Überzeugungskraft ihrer Gründe, so ist die Begründung des Bundesverwaltungsgerichts dem Vorwurf ausgesetzt, sie baue auf der Anschauung nicht billig und gerecht denkender Gerichtsmitglieder. Mit dieser Konsequenz wäre die bedrohliche Nähe zu dem Extremfall erreicht, in dem die Unsicherheit in der Anwendung eines Gesetzes den Anspruch des Laien auf Gesetzesklarheit gefährdet ⁵⁾.

In dem Meinungsstreit zwischen Bundesgerichtshof und Bundesverwaltungsgericht läßt sich nicht vermitteln. Kriterien zur Feststellbarkeit des Begriffs "in einer Sitte oder Anstand verletzenden Weise" enthalten die ihnen zugrunde liegenden Wendungen in keinem Fall.

1) BGH a.a.O., sowie bestätigend BGH NJW 1961, 838; BGH NJW 1962, 162.

2) BVerwG NJW 1960, 1407 (1409).

3) BGH NJW 1961, 838; NJW 1962, 162.

4) BGH NJW 1961, 838.

5) vgl. oben S. 126.

Das vom Bundesgerichtshof festgestellte Werturteil beruht auf keinem Erfahrungsurteil, auf keiner nachvollziehbaren, kontrollierbaren Erkenntnis oder einsichtigen Methode zu seiner Gewinnung ¹⁾. Als Sollenssatz ist es, nach der einprägsamen Formulierung von Radbruch ²⁾ "unbeweisbar, axiomatisch, nicht der Erkenntnis, sondern nur des Bekenntnisses fähig".

Dem Werturteil des Bundesverwaltungsgerichts liegen insofern kontrollierbare und empirische Maßstäbe zugrunde, als ein meßbares Übergewicht, die Mehrheit der billig und gerecht Denkenden entscheidungserheblich sein soll. Durch die Einbeziehung auch der Andersdenkenden wird der Kreis der billig und gerecht Denkenden zwar weiter ausgefüllt, zugleich aber auch schwerer eingrenzbar. Vor allem bleibt auch das Bundesverwaltungsgericht die Antwort schuldig, auf welchem nachprüfbaren Weg dieser erweiterte Kreis aller billig und gerecht Denkenden zu bestimmen ist. Indem der normative Ausfüllungsakt keinen Einblick in die vom Bundesverwaltungsgericht vorgenommene Wertungsweise gewährt und mit der unbewiesenen Annahme, die eigene Auffassung entspreche jener überwiegenden Anschauung aller billig und gerecht Denkenden ³⁾, ist die Methode zur Begriffsausfüllung in gleichem Maße angreifbar wie die des Bundesgerichtshofs.

Der inhaltlose Maßstab der Anschauung aller billig und gerecht Denkenden hat gleichwohl keinen Einfluß auf die Tatbestandsbestimmtheit, wenn die Begriffe "Sitte" und "Anstand" in ihrer spezifischen Regelungsmaterie erkennbar und feststellbar sind.

Aus dem Gesamtbereich der sittlichen Ordnung erfaßt die unsittliche und unanständige Ankündigung, Anpreisung und Ausstellung der in § 184 Abs. 1 Nr. 3 a bezeichneten Gegenstände nur den Ausschnitt

-
- 1) Vgl. die häufigen Stellungnahmen, die die Brauchbarkeit der Formel ablehnen, so vor allem Müller, Normstruktur, S. 95; Kohlrausch, ZStW 52, 383 (388, 389); Eb.Schmidt, JZ 1954, 369 (374); Mezger-Blei, BT S. 46; Schöнке-Schröder, § 226 a Rdnr.6.
- 2) Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 100.
- 3) Auf die gleichfalls unbegründete Annahme der eigenen, überwiegenden Anstandsauffassung des Bundesverwaltungsgerichts weist Hübner, FamRZ 60, 335 (337) hin.

der Verletzung geschlechtlicher Normen. Entscheidend ist, ob der Rückgriff auf diese Sittenordnung bestimmbar ist.

Das Urteil über die Verletzung von Sitte und Anstand ist objektivierbar, wenn es auf einer feststellbaren herrschenden Meinung beruht oder auf einem erkennbaren sozialen Verhalten. Beide Maßstäbe führen jedoch im normativen Ausfüllungsverfahren nicht zu dem erhofften Resultat.

In einer vereinzelt gebliebenen Entscheidung vertrat das Reichsgericht ¹⁾ die Auffassung, maßgebend sei das Urteil der herrschenden Meinung über das, was Sitte und Anstand gebieten.

Ungeachtet der Möglichkeiten, eine solche herrschende Meinung festzustellen, steht das Urteil über die in § 184 Abs. 1 Nr. 3 a heranzuziehende Sittenordnung von vornherein fest. Es existiert mit Sicherheit keine als herrschend zu bezeichnende Meinung darüber, unter welchen Umständen die in der Vorschrift genannten Verbreitungsformen den Regeln über Sitte und Anstand entsprechen. Den Beweis hierfür liefert der unversöhnliche Streit in den Anschauungen zwischen dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesgerichtshof. Keine der beiden Ansichten wird beanspruchen können, die Mehrheit der Rechtsgenossen hinter sich zu haben. Keine wird auszuscheiden sein, weil sie offensichtlich auf zu geringen Rückhalt baut. Der Streitstand belegt vielmehr in drastischer Weise die mangelnde Mindestübereinkunft in Bewertungsvorgängen sittlicher oder unsittlicher, anständiger oder unanständiger Verbreitungsformen.

Welches Verhalten in Einklang mit den Regeln von Sitte und Anstand steht ²⁾, läßt sich auch nicht einer bestimmten gesellschaftlichen Verhaltensform entnehmen, bzw. einer auf sie reflektierenden Werthaltung. Zwar war das Bayerische Oberste Landesgericht im Jahre 1955 zu der Ansicht gelangt ³⁾, es habe "sich die

1) RGSt 67, 65 (66).

2) Ein gänzlich anders zu beurteilender Fragenkreis stellt sich mit der Konkretisierung der guten Sitten etwa in § 1 UWG: Dieses Rechtsgebiet steht gerade nicht unter der Herrschaft des Art. 103 Abs. 2 GG.

3) BayObLG GA 55, 308 (309).

Übung herausgebildet, daß ein unauffälliges, jede Aufdringlichkeit vermeidendes Anbieten nicht beanstandet wird, so z.B. das Auslegen von einzelnen Gummischutzpackungen ...". Doch bleibt hierbei im Ungewissen, wie diese Übung festgestellt worden ist und ob die mangelnde Beanstandung nicht vielmehr von dem Grad des unauffälligen Anbietens abhängig war.

Die Suche nach einem praktizierten oder real vorhandenen Sittengesetz, mit dem die Sitte und der Anstand in § 184 Abs. 1 Nr. 3 a auszufüllen wären, verläuft ergebnislos. Tatsächliche Ordnungsvorstellungen oder praktizierte Handlungsweisen zeigen ein so vielfältiges Bild, daß von einer herausgebildeten "Übung" nicht mehr gesprochen werden kann. Gegen das Vorhandensein einer üblichen Ordnungsvorstellung sprechen wiederum die entgegengesetzten Werthaltungen der oberen Gerichte, gegen eine tatsächliche Übung die völlig unterschiedlichen Reaktionen in der Bevölkerung angesichts der angebotenen Verkaufsform.

Die nahezu unüberwindlichen Schwierigkeiten, das zur Ausfüllung der Begriffe Sitte und Anstand heranzuziehende Sittengesetz zu konkretisieren, werden auch nicht durch einen Rückgriff auf die gesetzlichen Wertentscheidungen, insbesondere die der Verfassung, behoben.

Der Verwaltungsgerichtshof Stuttgart unternahm diesen Versuch, indem er die der Sitte und dem Anstand zugrunde liegenden außerrechtlichen Sollenssätze als eine "Wertordnung konventioneller, äußerer Anständigkeit" ¹⁾ umschrieb, deren Inhalt und Grenzen aus der Verfassung erkennbar seien ²⁾.

Damit erliegt der Verwaltungsgerichtshof der trügerischen Hoffnung, den allgemeinen Wertvorstellungen des Grundgesetzes eine eindeutige Aussage über das Sittengesetz entnehmen zu können ³⁾.

1) VGH Stuttgart, FamRZ 1958, 235 (237).

2) VGH Stuttgart a.a.O. S. 239.

3) Zum Einfluß grundrechtlicher Wertungsmaßstäbe auf die Tatbestandsbestimmtheit vgl. oben S. 139 ff.

Mit der ähnlichen Berechtigung, mit der der Gerichtshof in einseitiger Weise aus der verfassungsrechtlichen Garantie des Familienschutzes in Art. 6 GG die Sittenwidrigkeit der Werbung herleitet, ließe sich die Vereinbarkeit mit dem Sittengesetz begründen, wenn etwa das in Art. 12 GG niedergelegte Recht auf Berufsfreiheit allein in Anspruch zu nehmen wäre. Der Einfluß grundrechtlicher Wertmaßstäbe führt allenfalls dazu, verfassungswidrige Auslegungen auszuschneiden. Einen konkreten Lösungsvorschlag für die Ausfüllung von Sitte und Anstand enthält weder ein einzelnes Grundrecht noch die Gesamtheit der Grundrechte.

Dem normativen Merkmal "in einer Sitte oder Anstand verletzenden Weise" kommt mithin unbestimmte Eigenschaft zu, weil der Normbereich, das Sittengesetz in der Ausgestaltung des § 184 Abs. 1 Nr. 3 a, nicht erkennbar, konkretisierbar oder mittels verlässlicher Maßstäbe einsehbar ist. Die mangelnde Erkenntnis des Normbereichs hat den Verlust des Rechtswertschutzes zur Folge und vermittelt insoweit auch keine Tatbestandsgarantie. Damit fehlt dem Begriff bereits einer der beiden Bestimmtheitsfaktoren.

Zum Teil dadurch bedingt geht auch der andere Bestimmtheitsfaktor verloren: Im normativen Ausfüllungsverfahren sind die Grenzen der Aufnahme des Normenbereichs nicht festlegbar, und mithin gewährleistet der Begriff keine gleichmäßige Rechtsanwendung.

Bei dem Bemühen, die Reichweite von Sitte oder Anstand auf ein praktikables Vorstellungsfeld einzuengen, tritt die gefährliche Weitläufigkeit zutage. So werden etwa Sitte und Anstand als "überkommene und geltende moralische Regeln oder die Gebote der Diskretion" ¹⁾ umschrieben, als "die relative, einem ständigen Aufassungswandel ausgesetzte Weltordnung konventioneller, äußerer Anständigkeit" ²⁾, als "das nach der Verkehrsanschauung gebotene

1) Schwarz-Dreher, § 184 Anm. 3 B b.

2) VGH Stuttgart FamRZ 1958, 235 (237).

Maß an Zurückhaltung und Unauffälligkeit" ¹⁾ oder als das, "was sich gehört, geziemend und schicklich ist ..." ²⁾. Auf ähnliche Weise findet eine Gleichsetzung statt mit dem Inhalt des "Schamhaften oder Reinlichen" ³⁾ und des "natürlichen Schamgefühls" ⁴⁾.

In diesen Formulierungen kommt eine Ausdehnung auf moralische Bereiche zum Ausdruck, die üblicherweise außerhalb gesetzlicher Regelungen stehen. Insofern drängt sich die Frage nach den Beziehungen zu Strafbarkeitserwägungen auf.

Da der Verkauf der in § 184 Abs. 1 Nr. 3 a genannten Gegenstände nicht mit Strafe bedroht ist, kann die Verletzungshandlung nur in der Art und Weise der Werbung gefunden werden. Rechtsgut ist mithin "das allgemeine sittliche Empfinden" ⁵⁾, gesetzgeberisches Motiv, "eine Beeinträchtigung des Anstandsgefühls zu behindern" ⁶⁾.

Nicht nur die Feststellbarkeit eines allgemeinen sittlichen Empfindens stößt auf erhebliche Schwierigkeiten; darüber hinaus fehlt es an überzeugenden Gründen für eine Pönalisierung.

Zweifelhaft erscheint insbesondere die Berechtigung, dort bereits mit dem schweren Geschütz der Freiheitsstrafe aufzufahren, wo im weiten Vorfeld geschlechtlicher Anbahnungen Verantwortungsbewusstsein und eigene Entscheidungsfreiheit Prioritäten setzen. Es dürfte kaum zum Aufgabenbereich des Gesetzgebers gehören, die Zurückhaltung über "das vertraute Gespräch über geschlechtsbetonte Dinge" ⁷⁾ sicherzustellen oder möglichen, "nicht naturgemäßen Geschlechtsverkehr" ⁸⁾ zu verhindern.

1) Schönke-Schröder, § 184 Rdnr. 31; in der als Beleg zitierten Entscheidung (BVerwG NJW 1960, 1409) wird jedoch nicht auf die Verkehrsanschauung abgestellt.

2) RGSt 67, 65 (66).

3) BGH NJW 1959, 1092.

4) BGH NJW 1959, 1092.

5) Amtl. Begründung zum Entwurf des Ges. v. 18.2.1927 RT-Drucks. III. Wahlperiode 1924, Bd. 401 Nr. 975; RGSt 65, 17.

6) Schönke-Schröder, § 184 Rdnr. 29.

7) BGH NJW 1959, 1092 (1093).

8) BGH a.a.O. S. 1092.

Vor diesem Hintergrund erscheint die Tatbestandsformulierung in § 184 Abs. 1 Nr. 3 a als ein Abbild eines ungewissen, nicht allzu überzeugend begründeten Strafbedürfnisses, dessen Grenzen selbst bemerkenswert unsicher sind. Wenn zum Schutz von Sitte und Anstand "von der Geschlechtsbegegnung der Menschen, weil sie stets mit schamvoller, körperlicher Entblößung oder Berührung verbunden ist, jeder fremde Sinn ..." fernzuhalten ist, einschließlich "von dem, was zu ihr hinführt" ¹⁾, so fragt es sich, welche Vorbereitungshandlungen geschlechtlicher Anbahnungsmöglichkeiten eigentlich noch ausgeklammert bleiben.

Eine gleichmäßige Rechtsanwendung wird weder durch eine derart verschwommenes Rechtsgut noch durch daran geknüpfte unbestimmte Tatbestandsformulierungen gewährleistet.

Berücksichtigt man sämtliche von der Rechtsprechung und Literatur bemühten Versuche einerseits, dem Merkmal "in einer Sitte oder Anstand verletzenden Weise" in § 184 Abs. 1 Nr. 3 a Inhalt und Konturen zu geben, und mißt sie andererseits an den Anforderungen, die der Bestimmtheitsgrundsatz an ein Tatbestandsmerkmal stellt, so folgt daraus im Ergebnis die verfassungswidrige Unbestimmtheit des Merkmals. Die von der Rechtsprechung entwickelte Lösung, Sitte und Anstand nach dem Kriterium der Anschauung aller billig und gerecht Denkenden zu bestimmen, hat sich als undurchführbar erwiesen, weil ihr eine Leerformel zugrunde liegt. Sowohl der Bundesgerichtshof als auch das Bundesverwaltungsgericht greifen in ihren Urteilen letztlich auf bekenntnishafte Ordnungsvorstellungen zurück, die Maßstäbe zu ihrer Erkenntnis vermissen lassen.

Die Ausfüllung des Merkmals durch den Normbereich von Sitte und Anstand bleibt auch bei Beachtung der spezifischen Regelungsmaterie in § 184 Abs. 1 Nr. 3 a im Bereich unbestimmter Begriffsbildung. Im Rückgriff auf die Sittenordnung ist der Normbereich weder auf eine feststellbare herrschende Meinung zurückzuführen; ihm fehlen obendrein verlässliche Begrenzungsmerkmale. Mithin ist das Merkmal gekennzeichnet durch das Fehlen der für den Bestimm-

1) BGH a.a.O. S. 1092.

heitsgrundsatz wesentlichen Voraussetzungen: Der mangelnden Verwirklichung des Gleichheitsgrundsatzes, der den Anspruch auf eine gleichmäßige und bestimmte Rechtsanwendung vermittelt und den nicht existenten Rechtswertschutz, der die Erkennbarkeit der zu schützenden Ordnung voraussetzt.

Die Auswirkungen dieses Ergebnisses auf die Regelungsmaterie des Tatbestandes werden am Schluß der Arbeit zu würdigen sein.

2. Das Merkmal der "unzüchtigen Handlung" in den §§ 174 ff.

Von welcher ausschlaggebenden Bedeutung der jeweilige Bezug zum sittlichen Bereich ist, wird an dem zur Gegenüberstellung besonders geeigneten Begriff des "Unzüchtigen" deutlich.

Ungeachtet der in den einzelnen Vorschriften z.T. von einander abweichenden Bedeutungsverschiebungen liegt einer unzüchtigen Handlung i.S.d. §§ 174 ff. in aller Regel das objektive Moment einer das Anstands- und Sittlichkeitsgefühl auf geschlechtlichem Gebiet erheblich verletzenden Handlung zugrunde, und in subjektiver Hinsicht entspringt diese Handlung geschlechtlicher Absicht ¹⁾.

Wollte man dieses Anstands- und Sittlichkeitsgefühl pauschal mit dem Normbereich von Sitte und Anstand in § 184 Abs. 1 Nr. 3 a gleichsetzen, so wäre diese mangelnde Differenzierung kausal für die Fehleinschätzung der Normausfüllung sowie deren Bestimmtheitsbeurteilung.

In der eigentümlichen Beschreibung des Begriffs als Reaktion auf sittliches Fehlverhalten ²⁾, als Kennzeichnung einer Gefühlsver-

1) Vgl. statt vieler Schwarz-Dreher, Vor § 173 Anm. 2 A ff. sowie die dort zitierte Rechtsprechung.

2) Auf diese Eigenart in der Definition des Unzüchtigen macht Burrack, Unzüchtige Schriften, S. 26 aufmerksam.

letzung, liegt zugleich der Ansatz für die sichere Festlegung des Unzuchtsbegriffs. Davon ausgehend, daß sich keine allgemeingültigen Aussagen über den Inhalt der sittlichen Wertvorstellungen machen lassen, sondern nur über die Form des Sittengesetzes ¹⁾, kommt es entscheidend auf die formale Sicherung des Unzuchtsbegriffs an. Diese liefern die aufweisbaren Reaktionen quantitativer und qualitativer Art in der Bevölkerung.

Im Bereich der Sexualmoral, die Jäger ²⁾ treffend als Gemisch von Ordnungsvorstellungen bezeichnet, läßt sich danach eine gewisse Einheit der Vorstellungen nachweisen ³⁾. Diese gedachte Ordnung erstreckt sich nicht auf soziologische Erscheinungen oder konforme Handlungsweisen. Für die Frage der Bestimmtheit des Unzuchtsbegriffs verdient besonders festgehalten zu werden, daß die Mißbilligung des sittlichen Verhaltens unabhängig von der eigenen Befolgung der Normen zu begreifen ist ⁴⁾. Der Begriff des Unzüchtigen kann nicht mittels sittlicher Verhaltensweisen, hinter denen eine volle innere Rechtfertigung steht ⁵⁾, bestimmt werden. Entscheidend sind die weitgehend einheitlichen Reaktionen auf geschlechtliche Verhaltensformen.

Der Verzicht auf eine einseitige materielle Ausfüllung des Unzuchtsbegriffs enthebt der Gefahr, eine den Bestimmtheitsanforderungen nicht genügende Normausfüllung vorzunehmen.

-
- 1) Diese u.a. von Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 416 Z. 10 ff., getroffenen Feststellung beansprucht ebenfalls Geltung für den Normbereich von Sitte und Anstand. (Vgl. Kant's gesammelte Schriften, Bd. IX, hrsg. von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, Berlin 1904).
 - 2) Jäger, Sittlichkeitsdelikte, S. 32.
 - 3) Eine solche Realität ist allerdings noch nicht bei der von Finger, Strafrecht, S. 460 beschriebenen Reihe von Vorstellungen an "dämmerhaft empfundenem Gemeinsamen" gegeben.
 - 4) Aus dieser Erwägung heraus kommt dem Hinweis von Schumann, NJW 1964, 1158 (1159), ca. 70% der Erstgeborenen seien nach Feststellung des Statistischen Bundesamtes vor der standesamtlichen Heirat gezeugt, keine Bedeutung für das Problem der Bestimmtheit des Unzuchtsbegriffs zu.
 - 5) Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 133, 151.

Namentlich die Rechtsprechung hat den bedenklichen Versuch unternommen, den Inhalt eines als unzüchtig zu bewertenden Verhaltens unabänderlich festzulegen. Sie greift dabei auf die "Normen des Sittengesetzes" zurück, deren unverbrüchliche und ausnahmslose Verbindlichkeit aus der "vorgegebenen und hinzunehmenden Ordnung der Werte" herzuleiten sei ¹⁾.

Angesichts der oft genug beschriebenen Unmöglichkeit ²⁾, diese vorgegebene Ordnung sichtbar zu machen, könnte ein solchermaßen abhängiger Begriff keine Tatbestandsgarantie vermitteln. Diese Begriffsunsicherheit ist darüber hinaus die Ursache für einige umstrittene ³⁾ und sogar widersprüchliche ⁴⁾ Auslegungsergebnisse, in denen sich die fehlende Konkretisierbarkeit von Sollensordnungen auswirkt.

Abschließend betrachtet umfaßt der Begriff der unzüchtigen Handlung gegenüber dem Begriff "in einer Sitte oder Anstand verletzenden Weise" einen wesentlich eindeutigeren Bereich aus dem Normenkomplex Sitte und Anstand, weil er nur mit Ordnungsvorstellungen über die Sexualmoral auszufüllen ist. Er ist vor allem bestimmt, weil diese Ordnungsvorstellungen nachweisbar und meßbar sind im Gegensatz zu der undurchsichtigen Wertordnung konventioneller, äußerer Anständigkeit in § 184 Abs. 1 Nr. 3 a.

1) BGHSt 6, 46 (52).

2) vgl. vor allem Müller, Normstruktur, S. 95 ff.; Engisch, Einführung, S. 192; Henkel, Rechtsphilosophie, S. 149; Sax, JZ 1954, 474.

3) Insbes. die Bewertung des Geschlechtsverkehrs unter Verlobten (BGHSt 6, 46) hat Kritik hervorgerufen, vgl. u.a. Bindokat, GA 1955, 167; Bockelmann, JR 1954, 361; Heinitz, JR 1962, 386; Jeschek, MDR 1954, 645; Sax, JZ 1954, 575; Knies, Schranken der Kunstfreiheit, sieht bei der derzeitigen Auslegung den Begriff des Unzüchtigen bereits als zu unbestimmt an.

4) vgl. einerseits die Entscheidung des BGH vom 10.9.1953, wonach bereits das Steckenpferdreiten eines kleinen Mädchens als unzüchtige Handlung beurteilt wurde oder der Kopfstand von Mädchen unter Freigabe des Blicks auf den Schlüpfer (BGHSt 2, 212); andererseits BGHSt 17, 280 (286).

3. Das Merkmal der Gefährdung des "sittlichen Wohls" eines Kindes in § 170 d

Mit der Einbeziehung des sittlichen Wohls in den Schutzbereich strafrechtlicher Sanktionen treten sofort wieder Abgrenzungsschwierigkeiten auf, die ihre Ursache in dem Gegensatz von Recht und Moral haben.

Die Problematik eines solchen Ausgleichs hat in § 170 d durch die Aufnahme einer Reihe von Einschränkungen ihren Niederschlag gefunden: Durch das Merkmal der "gewissenlosen" Pflichtverletzung, dem Erfordernis der "gröblichen" Vernachlässigung und der beispielhaften Nennung von Pflichtverletzungen. Daß aber auch diese Gesetzestechnik keine rechtsstaatliche Lösung i.S.v. Art. 103 Abs. 2 GG garantiert, zeigen die Methoden der normativen Begriffsausfüllung in ihren möglichen wie auch tatsächlichen, praktizierten Formen.

Am eingehendsten hat sich das Bayerische Oberste Landesgericht ¹⁾ mit der Frage der gesetzlichen Bestimmtheit des § 170 d auseinandergesetzt. Das Gericht bejaht die Verfassungsgemäßheit der Vorschrift im wesentlichen mit Gründen, die die Tatbestandsgarantie jedoch nicht zu tragen vermögen.

Mit dem Zugeständnis, "gewiß" liege der Begriff des sittlichen Wohls eines Kindes "nicht von vornherein so eindeutig fest", daß in jedem Fall die Gefährdung ohne weiteres festgestellt werden könne ²⁾, ist das Bayerische Oberste Landesgericht in der Formulierung bereits unausweichlich in die Konsequenz der Verfassungswidrigkeit des Tatbestandes geraten. Liegt der Begriff von vornherein nicht eindeutig fest, so kommt es für die Vereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht mehr darauf an, wie das Gericht meint, daß Rechtsprechung und Rechtslehre "brauchbare, auch den berechtigten Interessen des Täters gerecht werdende Auslegungen"

1) BayObLG NJW 1959, 988.

2) BayObLG a.a.O. S. 988, 989.

finden. Als Beispiel nennt das Gericht den gleichfalls von vornherein nicht eindeutigen Tatbestand des "groben Unfugs" ¹⁾.

Abgesehen davon, daß der Tatbestand des groben Unfugs selbst bemerkenswert unbestimmten Charakter hat, liegt dieser Argumentation die unzulässige Verfassungsinterpretation zugrunde ²⁾, durch Auslegungsarbeit die Bestimmtheit eines Tatbestandes herstellen zu können. Die Auffassung macht mit dem Verfassungsgrundsatz "nullum crimen sine lege" nicht Ernst, weil sie ihn mit der selbstverständlichen und jedem Gesetz anhaftenden Auslegungsfähigkeit gleichsetzt.

Bedenklich, weil mißverständlich, mutet die Formulierung des Bayerischen Obersten Landesgerichts an, nicht in jedem Fall könne die begriffliche Eindeutigkeit hergestellt werden. "Die Gerichte können sich angesichts des erklärten Willens des Gesetzgebers nicht der Aufgabe entziehen, einwandfrei feststellbare Fälle der Gefährdung des sittlichen Wohls von Kindern zu ahnden, wenn andere Fälle zweifelhaft sind" ³⁾.

Soweit hierdurch die mit jedem Tatbestand verbundenen, möglichen Subsumtionsschwierigkeiten gekennzeichnet werden sollen, ergeben sich keine Bedenken. Soll mit dieser Aussage jedoch zum Ausdruck kommen, die Tatbestandsgarantie bleibe gewahrt, wenn nur der Kernbereich, die häufigsten Fallgruppen zu subsumieren seien, so enthält diese Deutung verfassungswidrige Züge.

Der Bestimmtheitsgrundsatz hat gerade in den Grenzbereichen seine Funktion zu erfüllen. Ein unproblematischer, bestimmter Kernbereich liegt jedem Gesetz zugrunde. Werden die Grenzen zum strafwürdigen Verhalten nicht auf der Tatbestands-, sondern erst auf der Subsumtionsebene gezogen, wird die Funktion des Bestimmtheitsgrundsatzes aufgehoben. Unter Aussonderung umstrittener Fallbereiche reguliert dann die restriktive Auslegung die Tatbestandsbestimmtheit.

1) BayObLG NJW 1952, 988 (989).

2) vgl. oben S. 67 ff.

3) BayObLG NJW 1952, 988 (989).

Die für die Verfassungsmäßigkeit entscheidende Aufgabe, den normativen Bereich des sittlichen Wohls eines Kindes zu konkretisieren, hat das Bayerische Oberste Landesgericht mit seinen Maßstäben nicht zu lösen vermocht. Entsprechend der weitgefaßten Tatbestandsformulierung wird die mögliche Rechtsgutsverletzung ausgedehnt: Eine Gefährdung des sittlichen Wohls umfasse "alle Handlungen und Unterlassungen, welche die Bewahrung und Förderung des Kindes im außerkörperlichen, also im geistig-seelischen, insbesondere im charakterlichen Bereich, und seine Entwicklung zum Vollwert der menschlichen Persönlichkeit ernstlich bedrohen können" ¹⁾. Von dem Maßstab individueller Vorstellungen und Auffassungen könne hierbei völlig abgesehen werden: "Denn über die Grundforderungen einer sittlichen Lebenshaltung ist über alle 'individualethischen' Auffassungen hinweg eine Einheit im sittlichen Bewußtsein - jedenfalls des einzelnen Volkes - festzustellen ..." ²⁾. Worauf das Gericht diese Zuversicht stützt, bleibt unerfindlich. Der Streit zwischen Bundesgerichtshof und Bundesverwaltungsgericht zu den Geboten von Sitte und Anstand ³⁾ erweckt starke Zweifel, ob diese Einheit in den Fragen der Persönlichkeitsentwicklung besteht ⁴⁾. Namhafte Autoren sind überdies mehr von der sich auf die Unbestimmtheit gründende Bedenklichkeit des Tatbestandes überzeugt, als von seinem rechtsstaatlichen, eine gleichmäßige Rechtsanwendung sichernden Charakter ⁵⁾. Schließlich haben sogar die Autoren zum Entwurf 1962 das Merkmal nicht wieder aufgenommen, da es zu weit und unbestimmt sei ⁶⁾.

1) BayObLG NJW 1952, 988 (989).

2) BayObLG a.a.O.

3) Wenn dieser Streit auch acht Jahre nach der Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts ausgetragen wurde, so wird die einheitliche Anschauung in der Bevölkerung zu jener Zeit ebenfalls gefehlt haben.

4) Luther, NJW 1954, 493 spricht in diesem Zusammenhang von einer "gewissen seherischen Aufgabe", mit der der Richter zur Feststellung des sittlichen Wohls betraut sei.

5) Welzel, Lb S. 407, 408; Kohlrausch-Lange, § 170 d Anm. II und V, 2; Mezger-Blei, BT S. 319; H. Mayer, AT S. 35; Hellmer, ZStW 70, 360 (361); Lenckner, JuS 1968, 249 (306); Woesner, NJW 1963, 273 (275); Sax, Grundsätze, S. 1011; Hamann, Grundgesetz und Strafgesetzgebung, S. 49 Fußn. 34; Maunz-Dürig, Art. 103 Rdnr. 107 Fußn. 5 a.E.

6) Amtl. Begründung, S. 352.

Welzel ¹⁾ weist mit Recht auf die fragwürdige Feststellbarkeit und Eingrenzbarkeit der Entwicklungsbedrohung im geistig-seelischen Bereich hin. Er wirft die Frage auf, ob auch eine Erziehung im atheistischen, materiellen, anarchistischen Sinn oder im Sinn einer verbotenen Partei das sittliche Wohl gefährde. Welche Faktoren die "Entwicklung zum Vollwert der menschlichen Persönlichkeit" bestimmen, dürfte ebenso strittig sein, wie der Begriff der Persönlichkeit selbst. Die Grenzen zwischen allein moralisch und nur rechtlich verpflichtenden Anforderungen verlaufen hierbei im Ungewissen ²⁾. Rechnet man nun noch, wie das Bayerische Oberste Landesgericht, zu den Deliktshandlungen sämtliche Handlungen und Unterlassungen, die die geistig-seelische Entwicklung bedrohen können, und hält man sich vor Augen, daß hierzu schon die Gefährdung ausreichend sein kann ³⁾, so ist die Reichweite des durch diese Norm geschützten Bereichs vollends unkontrollierbar geworden.

Im Gegensatz zu jeder sonstigen näheren Umschreibung eines Merkmals haftet dem Merkmal des sittlichen Wohls die Eigenart an, durch Konkretisierungen nur noch unbestimmter zu werden.

Der Bundesgerichtshof ⁴⁾ hatte zunächst das sittliche Wohl des Kindes generell beim Nichtfernhalten schädlicher Einflüsse als gefährdet angesehen. In einer weiteren Entscheidung ⁵⁾ wurden Inhalt und Zielrichtung der Erziehungspflichten dahingehend umschrieben, Eltern hätten ihre Söhne nach den sittlichen Anschauungen unseres Kulturkreises zu bilden, um sie dadurch zu einer diesen entsprechenden, rechtschaffenden Lebensführung zu befähigen.

1) Welzel, Lb S. 407.

2) Angesichts dieser "Gefahr des Moralisierens" leiten Kohlrausch-Lange, § 170 d Anm. V, 2 und Maunz-Dürig, Art. 103 Rdnr. 107 Fußn. 5, ihre Bedenken gegen die Bestimmtheit des Tatbestandes her.

3) Das Erfordernis eines konkreten Gefährzustandes, vgl. Mezger-Blei, BT S. 319, vermag hierbei nicht einschränkend zu bestimmteren Voraussetzungen führen, da in der Vorhersage über die charakterliche Entwicklung die Ungewißheit über die individuelle Veränderung bestehen bleibt. Vgl. zu dieser "natürlichen Weiterentwicklung" und dem Begriff der sittlichen Gefährdung BGHSt 3, 256(258).

4) BGHSt 2, 348 (349).

5) BGHSt 3, 256 (257).

Unter dem besonderen Gesichtspunkt der Vereinbarkeit der Vorschrift mit dem Bestimmtheitsgrundsatz erfolgte erstaunlicherweise die weiteste Ausdehnung ¹⁾: Das Verbot der Gefährdung sei "aus dem Gesamtinhalt der deutschen Rechtsordnung her zu deuten. Den rechtsstaatlichen Erfordernissen ist daher Genüge getan".

Mit dieser Annahme erliegt die Rechtsprechung dem Irrtum, die Rechtsordnung liefere in ihrer Gesamtheit eindeutige Lösungswege für den Einzelfall. Die Fülle der in den außerstrafrechtlichen Regelungen aufgenommenen Wertungen enthält allenfalls Markierungen. Aus ihnen wird in Grenzsituationen abzulesen sein, welche bestimmte Auslegung ge- oder verboten ist. Im übrigen eröffnet der Gesamtinhalt der deutschen Rechtsordnung zahlreiche Möglichkeiten zur Ausfüllung eines Merkmals. Ob die jeweils gefundene Lösung im Einklang mit den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes steht, ist damit keinesfalls entschieden, da diese Prüfung ja erst mit der Aufnahme in die strafrechtliche Begriffseigenheit beginnt.

So wenig geeignet der Gesamtinhalt der Rechtsordnung zur Ausfüllung des sittlichen Wohls ist, so gering mutet die Hoffnung an, im einzelnen durch Vergleiche zu § 1666 Abs. 1 S. 1 BGB oder § 223 StGB die Konturen des Tatbestandes zu erhellen.

Luther²⁾ ist allerdings der Ansicht, bei Auslegungsschwierigkeiten könne der Richter die Kommentierung zu § 1666 BGB heranziehen ³⁾. Unvermeidbare Divergenzen der in diesem Zusammenhang notwendigen,

1) BGH NJW 1952, 476.

2) Luther, NJW 1954, 493. Der Bundesgerichtshof läßt die Frage der Bestimmbarkeit des § 170 d mittels § 1666 BGB ausdrücklich dahingestellt, NJW 1951, 282.

3) Nach h.M. entspricht das in § 1666 Abs. 1 S. 1 BGB genannte "geistige" Wohl dem sittlichen; vgl. statt vieler Ronke, Erman BGB-Kommentar § 1666 Anm. 2 b; Göppinger, in Staudinger, BGB-Kommentar § 1666 Anm. 232.

"gewissen seherischen Aufgabe", mit der der Richter hierbei be-
traut sei, berühre die Gültigkeit von § 170 d StGB nicht.

Demgegenüber hat das Bayerische Oberste Landesgericht ¹⁾ mit
Recht festgestellt, was für die Ordnung bürgerlich-rechtlicher
Verhältnisse ausreiche, genüge noch nicht für das Strafrecht. Die
Bestimmtheit des gesetzlichen Tatbestandes müsse im Strafrecht
selbständig geprüft werden.

Die unterschiedlichen Anforderungen in den Bestimmtheitserfor-
dernissen treten in der Regelung des § 1666 Abs. 1 S. 1 BGB zutage.
Während das Eingreifen des Vormundschaftsgerichts bereits zwin-
gend geboten ist, wenn der Vater oder die Mutter "sich eines
ehrlösen oder unsittlichen Verhaltens schuldig macht", dürfte
ein Eingreifen des Strafrichters auf dieser allgemeinen Grundlage
das Prinzip der Erkennbarkeit und Berechenbarkeit verletzen ²⁾.

Der Vorwurf der Unbestimmtheit läßt sich bei § 170 d StGB auch
nicht durch die Argumentation von Maurach ³⁾ entkräften, die
"seelische Integrität" werde in dem - vergleichsweise bestimmten -
§ 223 b StGB ebenfalls geschützt. Den in dieser Beziehung gleich-
laufenden Schutzrichtungen liegen in den Tatbeständen unterschied-
liche und dadurch für die Vermittlung der Tatbestandsgarantie ent-
scheidende Regelungsvoraussetzungen zugrunde. Es ist gerade die
engere und feststellbare Alternative der Gesundheitsbeschädigung
in § 223 b StGB, die dem Tatbestand die Bestimmtheit verleiht.
Die partielle Gemeinsamkeit der von zwei Tatbeständen erfaßten
Fallbereiche erlaubt nicht den Schluß auf die Identität der Be-
stimmtheit in den jeweiligen Begriffen.

Die Unbestimmtheit des dem Tatbestand des § 170 d StGB zugrunde
liegenden Rechtswertes und die Unmöglichkeit, die straflosen

1) BayObLG NJW 1952, 988.

2) In diesem Zusammenhang läßt sich keine Parallele zu den
Merkmale des "unsittlichen Erwerbs" in § 181 a, den "unsitt-
lichen Zwecken" in § 235 Abs. 3 oder der "ehrlösen Gesinnung"
in § 20 StGB ziehen, da diese jeweils in enger Beziehung zu
einem Normenbereich stehen.

3) Maurach, BT S. 399.

Vernachlässigungen der Erziehungspflichten von den strafbaren Pflichtverletzungen verlässlich zu unterscheiden, werden schließlich auch nicht mittels der im Tatbestand genannten Einschränkungen behoben.

Die Merkmale "gewissenlos" und "gröblich" engen die Voraussetzungen der Tatbestandsverletzung zwar ein ¹⁾. Herrscht aber Ungewißheit über den Grund eines sittlichen Fehlverhaltens, so überträgt sie sich auf Abstufungen und Intensivierungen des Verhaltens. Außerdem ist die Eigenschaft eines gewissenlosen Verhaltens ebenfalls an der unsicheren "Rücksichtnahme auf Hemmungen sittlicher Art" zu messen ²⁾, und die gröbliche Vernachlässigung soll durch einen "besonders hohen Grad der Rechtsgutsverletzung" ³⁾ festzustellen sein. Gesetzliche Beispielsfälle werden bezeichnenderweise nur für die Alternative der Gefährdung des körperlichen Wohls genannt.

Ob dem Tatbestand des § 170 d die Qualität eines, wie Sax ⁴⁾ meint, "Musterbeispiels eines modernen Schurkenparagraphen" zukommt, mag dahingestellt bleiben. Die Untersuchungen zeigen jedenfalls, daß die normative Ausfüllung des Begriffs der "Gefährdung des sittlichen Wohls eines Kindes" nicht mit der gebotenen Bestimmtheit zu erreichen, § 170 d in dieser Alternative mithin verfassungswidrig ist.

4. Das Merkmal "aus niedrigen Beweggründen" in § 211 Abs. 2

Der gewichtigsten Vorschrift wird das geringste Interesse zuteil, die Forderung nach bestimmten Tatbeständen zu verwirklichen. In

-
- 1) Maurach, BT S. 399 ist der Ansicht, durch diese Erfordernisse sei der Tatbestand "scharf profiliert" und genüge den Bestimmtheitsanforderungen.
 - 2) RG DR 1944, 657; bestätigend BGHSt 2, 348 (350).
 - 3) Luther, NJW 1954, 493 (494); ähnlich Jagusch, LK § 170 d Anm. 5.
 - 4) Sax, Grundsätze, S. 1011.

der Literatur findet sich so gut wie keine Stellungnahme zu der Frage, ob das Merkmal der "niedrigen Beweggründe" in § 211 Abs. 2 dem Verfassungsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG genügt ¹⁾. Dieses Schweigen mutet umso erstaunlicher an, als die von der Rechtsprechung gewonnenen Auslegungsergebnisse z.T. widersprüchlich sind und die unterschiedlichen Beurteilungsweisen in reichlichem Maße Anhaltspunkte für den Konflikt mit der Garantie tatbestandlicher Bestimmtheit bieten.

Die Rechtsprechung und herrschende Literaturmeinung bemessen die Niedrigkeit der Beweggründe in § 211 Abs. 2 nach dem Unwerturteil, das "nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe steht" ²⁾.

Der Normenbezug ist bei diesem Beurteilungsmaßstab abhängig von zwei Komponenten: Dem Nachweis allgemeiner sittlichen Wertvorstellungen und von der aus ihnen mit hinreichender Klarheit ersichtlichen Abstufung der verwerflichen zu den besonders verwerflichen Handlungen.

Die bisher in den Katalog der niedrigen Beweggründe eingereihten Motive und Handlungsziele verdeutlichen die Schwierigkeit und Bedenklichkeit dieser Urteilsweise ³⁾.

Als niedrige Beweggründe wurden insbesondere bewertet: Rachsucht ⁴⁾, Wut und Enttäuschung über den verweigerten Geschlechtsverkehr ⁵⁾, Tötung der Ehefrau, um ein Liebesverhältnis fortsetzen zu können ⁶⁾, u.U. hemmungslose Eifersucht ⁷⁾, Geltungs-

1) Allein die Autoren des Entwurfs 1962, S. 272 setzen sich kritisch mit der Generalklausel auseinander und halten sie für zu unbestimmt.

2) z.B. BGHSt 3, 133; vgl. statt vieler Maurach, BT S. 31 m.w.Nw.

3) Die Unsicherheit der Generalklausel offenbarte sich in frühester Zeit, indem man als Maßstab "das gesunde Volksempfinden" bemühte (Olshausen, § 211 n.F. Anm. 7), oder die Fassung deswegen begrüßte, weil sie der volkssittlichen Bewertung die Bahn brach, Schaefer, LK § 211 Vorbem. 1.

4) BGHSt 1, 368 (369); BGH NJW 1958, 189.

5) BGHSt 2, 60 (63).

6) BGHSt 3, 133.

7) BGHSt 3, 180 (183).

bedürfnis und übersteigertes Ehrgefühl ¹⁾, hemmungslose, triebhafte Eigensucht ²⁾, Haßgefühle aufgrund der nationalsozialistischen Ideologie ³⁾.

Einigkeit im Sinne einer allgemeinen sittlichen Wertvorstellung wird darüber bestehen, daß die genannten Handlungsmotivationen ethisch mißbilligenswert sind und in der Unwertskala auf tiefster Stufe stehen. Die Erkenntnis des für die Mordqualifikation entscheidenden Bestimmtheitsfaktors, die Einstufung der Motive als "besonders verwerflich" ⁴⁾, die Bewertung eines Verhaltens nach dem Grad der tiefsten Stufe sittlichen Verhaltens, gilt damit jedoch keineswegs als gesichert.

In praktischer Hinsicht stößt die Realisierung des Vorhabens, Abstufungen in der sittlichen Werthaltung aus der Allgemeinheit zu entnehmen, auf unüberwindliche Schwierigkeiten. Roxin ⁵⁾ rügt zu Recht eine Verletzung der Tatbestandsbestimmtheit, wenn bestimmte Grade sittlicher Mißbilligung unmittelbar dem Rechtsempfinden des Volkes entnommen werden sollen.

Folgt man den Auffassungen von Kohlrausch-Lange ⁶⁾ und Schmidhäuser ⁷⁾, es gebe kaum Beweggründe, die schlechthin als niedrig zu bezeichnen seien, sind die das Unwerturteil im einzelnen bestimmenden Faktoren aufzuspüren.

Ein wenig verlässlicher Maßstab ist dem Richter in die Hand gegeben, wenn er sich "auf das Verhältnis zwischen dem Anlaß der Tat und dem gewollten Erfolg" ⁸⁾ stützen soll. Denn wenn ein grobes Mißverhältnis die Beweggründe "verwerflicher" ⁹⁾ erscheinen lassen kann, so bleibt zweifelhaft, nach welchen Werthaltungen überhaupt ein angemessenes, nicht grobes Verhältnis zwischen

1) BGHSt 9, 180 (183).

2) BGH VRS 17, 187 (190).

3) BGHSt 18, 37 (39).

4) BGHSt 9, 385 (389).

5) Roxin, JuS 1964, 373 (378).

6) Kohlrausch-Lange, § 211 Anm. VIII, 4.

7) Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale, S. 229.

8) BGH LM Nr. 25 zu § 211; ebenso Maurach, BT S. 31.

9) BGH a.a.O.

Ursache und Tötungsausführung angenommen werden kann.

Auf welchem Wege das notwendige Ausmaß des Unwerturteils festzustellen ist, zeigt die Rechtsprechung nicht. Die charakteristischen Wiederholungen, die Beweggründe seien "womöglich noch verwerflicher" ¹⁾ oder "so mißbilligenswert" ²⁾, daß sie als niedrig bezeichnet werden müßten, umschreiben lediglich das Beweisthema.

Obwohl das Merkmal der niedrigen Beweggründe durch den Inhalt der besonderen sittlichen Mißbilligung eine engere Umschreibung erhält, ist es gerade hierdurch nicht verläßlich bestimmbar.

Für eine Beurteilung der Bestimmtheit der Generalklausel ist schließlich deren Verhältnis zu den gesetzlich genannten Beispielfällen in § 211 von wesentlicher Bedeutung.

Dem kasuistischen Aufbau des Mordtatbestandes ist zu entnehmen, daß es dem Gesetzgeber auf eine klare und abschließende Regelung der der schwersten Strafandrohung unterliegenden Fälle ankam. Mit der Fixierung der einzelnen Beweggründe sind weitere Wertungen im Sinne der "Berücksichtigung der Gesamtpersönlichkeit" ³⁾ oder der verwerflichen Gesinnung ausgeschlossen. Das den Mord vom Totschlag trennende Moment der besonderen Verwerflichkeit ist als in den geschriebenen Tatbestandsmerkmalen verarbeitet anzusehen ⁴⁾. Die abschließende Regelung in § 211 verbietet nach der Begründung des Großen Senats für Strafsachen ⁵⁾ die Abhängigkeit der Verurteilung von einer richterlichen Wertung des Gesamtbildes der Tat.

1) BGHSt 18, 37 (39).

2) BGH LM Nr. 25 zu § 211.

3) so Schönke-Schröder, § 211 Rdnr. 6 m.w.Nw.

4) vgl. zur Entstehungsgeschichte des Mordtatbestandes BGHSt 9, 385; Conen, Tötungsdelikte, im E 1962, Diss. 1964, S. 1 ff.; siehe auch Horstkotte, Verwerfliche Gesinnung, Diss. 1967, S. 162; Maurach, BT S. 28; Hardwig, ZStW 68, 14 (27).

5) BGHSt 9, 385 (389).

Diesen Bestrebungen läuft die Verwendung einer Generalklausel im allgemeinen und in Gestalt der "niedrigen Beweggründe" im besonderen zuwider.

Die Generalklauseln erschienen Hedemann ¹⁾ als "ein Stück offengelassener Gesetzgebung", und Class ²⁾ war der Ansicht, die Klauseln seien richterliche Quelle der Rechtsfindung. Selbst wenn man diese Auffassungen als zu weit empfindet, wird man das Wesen der Generalklauseln in der Fülle der nicht sofort überschaubaren Regelungssachverhalte zu sehen haben und ihre Funktion in der dem Einzelfall dienlichen Ausnutzung dieser Variationsbreite ³⁾. Unbestimmte Eigenschaft erhält die Generalklausel daher nicht schon durch ihre charakteristische Regelungsfülle, sondern erst durch die fließenden Übergänge zu gesetzesfremden Bereichen.

Die grundsätzliche Vereinbarkeit der Generalklauseln mit dem Bestimmtheitsgrundsatz ist bei den niedrigen Beweggründen deshalb in Frage gestellt, weil Maßstäbe zur Grenzziehung im Bereich besonderer Mißbilligungsurteile nicht bestehen. Dem allgemeinen sittlichen Empfinden kann nicht entnommen werden, ob ein Beweggrund auf tiefer oder auf tiefster Stufe anzusiedeln ist. Soziale Ordnungsformen geben ebensowenig eine Antwort wie gesetzgeberische Entscheidungen. Der Richter muß in diesen Fällen Maßstäbe setzen ⁴⁾.

Damit ist die Entwicklung eingetreten, die es nach den Ausführungen des Großen Senats für Strafsachen ⁵⁾ zu verhindern galt und die im Widerspruch zu Art. 103 Abs. 2 GG steht: Die richterliche Wertung ersetzt die gesetzgeberische Entscheidung.

1) Hedemann, Generalklauseln, S. 58.

2) Class, Eb.Schmidt-Festschrift, S. 124.

3) vgl. oben S. 55 ff.

4) Wie gering der aus einem Vergleich zu den gesetzlichen Beispielen zu ziehende Nutzen ist, zeigt sich darin, daß praktisch in keinem Fall die niedrigen Beweggründe durch Heranziehung der gesetzlichen Motive näher zu konkretisieren waren.

5) BGHSt 9, 385 (389).

Den gesetzestechnisch verschiedenen Elementen entspricht somit deren unterschiedliche Wirkungsweise, aber auch deren entgegengesetzte Rechtsqualität. Die kasuistischen Beispielsmerkmale sind bestimmt, weil der Gesetzgeber ihre Bewertung vorgenommen hat, die Generalklauseln ist unbestimmt, weil zu ihrer Ausfüllung keine allgemeingültigen oder aufweisbaren Urteilsgrundlagen bereit stehen.

Den Autoren des Entwurfs zum Strafgesetzbuch 1962 ¹⁾ ist daher zuzustimmen, wenn sie das Merkmal der niedrigen Beweggründe für so unbestimmt halten, daß darauf "die Kennzeichnung einer Tat als Mord mit der gebotenen Bestimmtheit nicht gegründet werden kann".

5. Das Merkmal "gegen die guten Sitten" in § 226 a

Überblickt man das kasuistische Vorstellungsfeld der möglicherweise von der Regelung des § 226 a erfaßten Bereiche, so scheint deren Überschaubarkeit der rechtsstaatlichen Berechenbarkeit zu entsprechen ²⁾. Denn im wesentlichen aktualisiert sich der Vorwurf einer sittenwidrigen Körperverletzung nur in fünf Fallgruppen ³⁾: Den Verstümmelungen zu deliktischen Zwecken, den bewußt lebensgefährdenden Behandlungen oder Schlägereien, den Verletzungen bei der Verfolgung perverser Ziele, der einverständlichen Sterilisation und den studentischen Schlägermensuren.

1) Amtl. Begründung, S. 272.

2) Der Ansicht von Schwarz-Dreher, § 226 a Anm. 1, Rechtfertigungsgründe unterlägen nicht der Geltung des Bestimmtheitsgrundsatzes, stehen nicht nur die ganz überwiegenden Meinungen in der Literatur gegenüber, ihr fehlt auch eine überzeugende Begründung. Der Grundsatz der Tatbestandsgarantie wird gerade nur dann gewährleistet, wenn auch alle tatbestandlichen Voraussetzungen, die die Grundlage der Strafe bilden, gesetzlich fixiert sind, vgl. in diesem Sinn ausdrücklich Reinhardt, JR 1964, 368 (373); Schönke-Schröder, § 2 Rdnr. 9; Engisch, Mezger-Festschrift, S. 131; Welzel, JZ 1952, 617; Würtenberger, Rittler-Festschrift, S. 133.

3) vgl. Roxin, JuS 1964, 373 (379).

Versucht man indessen, aus der eng begrenzten Regelungsmaterie die Kriterien zur Unterscheidung der "guten" von den "schlechten" Sitten herauszufinden, erwachsen nicht geringe Zweifel, auf dieser Grundlage die strafwürdigen von den straflosen Körperverletzungen trennen zu können.

Es stellt sich wiederum die für alle normativen Merkmale entscheidende Frage, welche Mittel zur Erkenntnis des Normenbereichs bereit stehen und in welchem Umfang dieser Bereich in das Tatbestandsmerkmal aufgenommen ist. Die jeweilige Ausrichtung nach dem Maßstab eines Personenkreises oder nach sachlichen Kriterien führt bei der Ausfüllung der "guten Sitten" zu unüberbrückbaren Gegensätzen. Deren Ursache ist weniger in den methodischen Variationen, als vielmehr in der mangelnden gesetzgeberischen Entscheidung zu suchen.

Im Vordergrund eines personal ausgerichteten Maßstabs steht das "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden".

Welche geringe Verlässlichkeit mit dieser Orientierung zu erreichen ist, findet nicht nur in der nach Regulativen strebenden Interpretation der Rechtsprechung Ausdruck, die Vorschrift müsse "zugunsten des Angeklagten eng ausgelegt werden" ¹⁾, oder in der Einschränkung, nur das könne strafrechtlich relevant werden, "was nach dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zweifellos kriminell strafwürdiges Unrecht ist" ²⁾.

Gerade diese Leerformel hat in der Literatur z.T. energische Kritik hervorgerufen, wobei im Zusammenhang mit der Beanspruchung des Sittengesetzes die Berechenbarkeit der Vorschrift insgesamt in Frage gestellt ist.

1) BGHSt 4, 24 (32).

2) BGHSt 4, 24 (32).

Schönke-Schröder ¹⁾ kritisieren die von der Rechtsprechung angewandte Formel, sie sei ungeeignet, präzise Richtlinien zu liefern. Sie halten eine gesetzgeberische Entscheidung in den umstrittenen Fällen der Sterilisation und Kastration für erforderlich ²⁾. Eb.Schmidt ³⁾ begründet seine Ablehnung damit, die billig und gerechte Denkweise als psychologischer Befund könne im Bereich einer anonymen Masse nicht unterschieden werden, erst recht nicht die geforderte Einstimmigkeit. Außerdem verlange § 226 a nicht die tatsächliche Feststellung "über die Denkweise von Hinz und Kunz und anderen angesehenen Persönlichkeiten, sondern die Erarbeitung eines selbständigen richterlichen Werturteils, nach dem sich die 'angesehenen Persönlichkeiten' gefälligst zu richten haben". Kohlrausch-Lange ⁴⁾ halten das Kriterium für völlig nichtssagend. Als unbrauchbar und verfassungsrechtlich bedenklich sieht Welzel ⁵⁾ das Merkmal der Sittenwidrigkeit an. Blei ⁶⁾ weist auf die Gefahr hin, der Entscheidung im konkreten Fall werde zugrunde gelegt, "was nach Meinung des Gerichts dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zuwiderlaufen müßte, ganz abgesehen davon, daß die Zuzählung zum Kreis der billig und gerecht Denkenden nach der Einstellung der zu beurteilenden Tat in dem Kriterium geradezu eingeschlossen ist". Auf dieser Grundlage sei die Grenzziehung zum Geltungsbereich der Vorschrift "nicht gerade in rechtsstaftlich vorbildlicher Weise getroffen". Schließlich äußert Hanack ⁷⁾ die Bedenken, ob die Formel nicht als verfassungsrechtlich unzulässiger Maßstab anzusehen sei, da sie "zu blaß und vieldeutig" sei und eine "Durchschnittsmoral" nicht konstruiert werden könne.

1) Schönke-Schröder, § 226 a Rdnr. 6.

2) Schönke-Schröder, § 226 a Rdnr. 20.

3) Eb.Schmidt, JZ 1954, 369 (374).

4) Kohlrausch-Lange, ZStW 52, 383 (389 Fußn. 4): "Gewöhnlich glaubt der Mensch, wenn er nur Worte hört, es müsse sich dabei doch auch was denken lassen".

5) Welzel, Lb S. 279.

6) Mezger-Blei, BT S. 46.

7) Hanack, JZ 1964, 393 (396).

Ausdrücklich für zu unbestimmt und gesetzgeberisch nicht verwendbar hält Coenders ¹⁾ das Merkmal "gegen die guten Sitten". Zu dem Ergebnis der Verfassungswidrigkeit des § 226 a gelangen ferner H. Mayer ²⁾, Reinhardt ³⁾, Woesner ⁴⁾ und sich ihm anschließend Hamann ⁵⁾, ohne nennenswerte neue Begründungen anzuführen.

Eine noch zu erörternde Unterscheidung nehmen Roxin und Roth-Stielow vor, indem sie die Vorschrift in einen bestimmten und unbestimmten Teil zergliedern. Nach Roxin ⁶⁾ läßt sich eine Strafbarkeit nur in den Fällen begründen, in denen das Sittenwidrigkeitsurteil eindeutig objektivierbar ist. Andernfalls trete Straflösigkeit ein, "wenn man mit nullum crimen sine lege Ernst machen will". Roth-Stielow ⁷⁾ will hingegen die Geltungskraft des Maßstabes nur auf den feststellbaren praktizierten Bestand der guten Sitten beschränken.

Wähnt man sich nicht im Besitz der alleinigen Erfahrbarkeit der Sittenordnung und spricht man den Andersdenkenden nicht von vornherein die Urteilsfähigkeit ab, so widerlegt die vielfache Kritik bereits die Annahme, man könne auf das Anstandsgefühl "aller" billig und gerecht Denkenden abstellen.

In methodischer Hinsicht erweist sich die personale Orientierung als ein ebenso untaugliches Denkmodell wie die "Anschauung aller billig und gerecht Denkenden" in § 184 Abs. 1 Nr. 3 a. Es ist weder einsehbar, wer zu dem Kreis der in dieser Weise denkenden Personen zählt, noch ist eine verlässliche Erkenntnis darüber zu gewinnen, was einer billigen und gerechten Denkweise entspricht. Daher enthält die vom Bundesgerichtshof ⁸⁾ erhobene Forderung, einen Verstoß gegen die guten Sitten nur auf die einheitliche Mißbilligung aller billig und gerecht Denkenden zu gründen, ein

1) Coenders, RG-Festgabe, V, S. 266 (278).

2) H. Mayer, AT 1953, S. 86.

3) Reinhardt, JR 1964, 368 (370).

4) Woesner, NJW 1963, 273 (275).

5) Hamann, Grundgesetz und Strafgesetzgebung, S. 49 Fußn. 34.

6) Roxin, JuS 1964, 373 (379).

7) Roth-Stielow, JR 1965, 210 (211).

8) BGHSt 4, 24 (32).

zwar gewisses tolerantes Gepräge. Ungewiß und unberechenbar bleibt aber, aus welchen Gründen eine Person von dieser Einheit auszuschließen ist. Die fehlende Eigenschaft einer "angesehenen Persönlichkeit" stellt jedenfalls kein geeignetes Kriterium dar.

Der den Bestimmtheitserfordernissen nicht genügende Maßstab des "Anstandsgefühls aller billig und gerecht Denkenden" ist gleichwohl ohne Einfluß auf die Bestimmtheit, wenn die Feststellbarkeit der guten Sitten auf andere Weise gelingt. Dabei gilt es, die spezifische Regelungsmaterie in § 226 a im Hinblick auf eine konkretisierbare Normordnung sichtbar zu machen, um sachbestimmte Kriterien zu gewinnen.

Innerhalb des Gesamtbereichs der sittlichen Ordnung nimmt das Merkmal der guten Sitten keine eigentümliche Stellung ein. Es ist weder vergleichbar mit dem sittlichen Wohl in § 170 d, das sich nur auf Erziehungspflichten beschränkt, noch mit der Sitte oder dem Anstand in § 184 Abs. 1 Nr. 3 a, die lediglich in Beziehung zur geschlechtlichen Wertordnung treten. Die guten Sitten in § 226 a erfordern eine allgemeine Handlungsbeurteilung. Das Urteil hängt von der Vielzahl der Faktoren ab, die eine ethische Grundhaltung bedingen. Die Bestimmbarkeit des Merkmals stellt sich mithin als Problem der "Konkretisierung der Moralwidrigkeit" dar, wie Roxin ¹⁾ hervorhebt.

Der Rückgriff auf die allgemeine Sittenordnung ist dann unbedenklich, wenn die Wertentscheidung auf eine feststellbare herrschende Meinung oder ein erkennbares soziales Verhalten zurückbezogen werden kann oder wenn gesetzgeberische Entscheidungen eindeutige Anhaltspunkte geben.²⁾

Einem Teil der Regelungsmaterie ist insofern ein sicherer Maßstab an die Hand gegeben, als das Sittenwidrigkeitsurteil durch andere gesetzgeberische Markierungen vorgezeichnet ist. Dies gilt für die Verstümmelungen zu deliktischen Zwecken, bei denen das Unwerturteil in der mit Strafe bewehrten Norm fixiert ist, z.B. bei der

1) 2) Roxin, JuS 1964, 373 (379).

Selbstverstümmelung in § 109 oder dem Betrug nach § 263, um einen Versicherungsfall vorzutäuschen. Weiterhin steht die Sittenwidrigkeit fest bei bewußt lebensgefährdenden Schlägereien im Hinblick auf das Verbot des Zweikampfs in § 210 sowie bei den Verletzungen im Zusammenhang mit der Verfolgung perverser Ziele, da ihre Mißbilligung aus der in Art. 1 GG geschützten Würde des Menschen zu folgern ist.

Für die Fälle der einverständlichen Sterilisation und den Schlägermensuren fehlen gesetzliche Orientierungshilfen. Diese insbesondere bei der Beurteilung einer Kastration oder Sterilisation beklagte Lücke ¹⁾ läßt sich weder durch Heranziehung des Sittengesetzes aus Art. 2 Abs. 1 GG ausfüllen noch durch einen Vergleich zu dem Begriff der guten Sitten wie er dem Bürgerlichen Recht zugrunde liegt.

Das Sittengesetz in Art. 2 Abs. 1 GG bedarf selbst ausführlicher Interpretation. Nach Maunz-Dürig ²⁾ umfaßt es die "anerkannten Sitten" sowie "Treu und Glauben"; maßgeblich sei "das sittliche Bewußtsein unserer Rechtsgemeinschaft". Peters ³⁾ und sich ihm anschließend v. Mangoldt-Klein ⁴⁾ verstehen unter dem Sittengesetz "die Summe derjenigen Normen, die Allgemeingut der abendländischen Kultur sind", nach v. Mangoldt-Klein "beispielsweise und vor allem die Zehn Gebote". In weiteren Stellungnahmen werden "die in der Volksgesamtheit lebendigen moralischen Anschauungen" mit dem Sittengesetz verbunden ⁵⁾, oder es wird

1) Schönke-Schröder, § 226 a, Rdnr. 20; Kohlrausch-Lange, § 226 a Anm. IV, 5; Noll, ZStW 77, 1 (24, 25); Kohlhaas, NJW 1963, 2348 (2352); Eb.Schmidt, JZ 1951, 65 (70); Engisch, H. Mayer-Festschrift, S. 399.

Zum Streitstand darüber, ob die §§ 223 ff. auf die Fälle der freiwilligen Sterilisation anwendbar sind, vgl. einerseits BGHSt 20, 81 und andererseits Hanack, JZ 1965, 221 ff., Schönke-Schröder, § 226 a Rdnr. 19, Welzel, Lb S. 279, Schwarz-Dreher, § 226 a, 2 B.

2) Maunz-Dürig, Art. 2 Rdnr. 16.

3) Peters, Laun-Festschrift, S. 677.

4) v. Mangoldt-Klein, Art. 2 Anm. IV, 3; ähnlich Hamann, Art. 2 Anm. 7.

5) Scheuner, VVDStRL 11, 61.

auf die in "der Gemeinschaft unerläßlichen Sittlichkeitsnormen" abgestellt ¹⁾, auf "die Summe derjenigen sittlichen Normen ..., die von der Allgemeinheit als richtig erkannt und für ein Zusammenleben sittlicher Wesen als verbindlich angesehen werden ... ²⁾.

In der vom Bundesverfassungsgericht ³⁾ verwendeten Formulierung, entscheidend für ein sittliches Werturteil sei, "ob es allgemein anerkannt wird und als Sittengesetz gilt", manifestiert sich am deutlichsten die sämtlichen Stellungnahmen zugrunde liegende Untauglichkeit für die strafrechtlichen Belange. Die Orientierung der guten Sitten in § 226 a am Sittengesetz in Art. 2 Abs. 1 GG verläuft ergebnislos, weil jenes selbst erst der viel umfangreicheren Inhaltsgebung bedarf.

Ein Vergleich zu den Vorschriften des Bürgerlichen Rechts, in denen auf die guten Sitten verwiesen wird ⁴⁾, ist schließlich von vornherein den Bedenken der Verschiedenartigkeit der Rechtsgebiete ausgesetzt ⁵⁾. Die Maßstäbe und Begriffsausfüllungen, die mit der Formel des Anstandsgefühls aller billig und gerecht Denkenden im Zivilrecht entwickelt wurden, unterliegen gerade nicht der Geltung des Verfassungsgebots "nullum crimen sine lege".

Bei dem Rückgriff auf die allgemeine Sittenordnung in den Fällen der studentischen Schlägerversand und einverständlichen Sterilisation fehlen indessen nicht nur gesetzgeberische Richtlinien, nach denen ein berechenbares Werturteil zu fällen wäre. Eine herrschende Meinung hat sich zu ihrer Bewertung so wenig herausgebildet wie eine tatsächlich wahrnehmbare Verhaltensweise innerhalb der Bevölkerung. Die unterschiedlichen Stellungnahmen spiegeln vielmehr

1) Wintrich, Grundrechte, S. 25.

2) Nipperdey-Wiese, Die Grundrechte, S. 820.

3) BVerfG 6, 389, (435).

4) s. die Aufzählung bei v. Gierke, Recht und Sittlichkeit, S. 18.

5) vgl. Reinhardt, JR 1964, 368 (374) und den dort zitierten Meinungsstand.

die problematische Einschätzung dieser Körperverletzungen wider ¹⁾.

Gelangt man mithin zu dem Ergebnis, für die sittenwidrigen Körperverletzungen mit Einwilligung ermangele es z.T. der personalen wie sachlichen Kriterien, so erwächst daraus das Problem, welchen Einfluß dies auf die Bestimmtheit des gesamten Tatbestandes hat.

Als mögliche Lösung wird zum einen die Auffassung vertreten, die Tatbestandsbestimmtheit bleibe von diesem Mangel unberührt, da die umstrittenen Fälle straflos auszuschneiden seien, Sie wird von der Rechtsprechung und Roxin vertreten.

Der Bundesgerichtshof ²⁾ will den rechtsstaatlichen Bedenken durch eine enge Auslegung begegnen. Als Verstoß gegen die guten Sitten wird nur angesehen, "was nach dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zweifellos kriminell strafwürdiges Unrecht ist". Befänden sich unter den gegenteiligen Stellungnahmen auch diejenigen angesehener Persönlichkeiten, so treten Strafflosigkeit ein.

Roxin ³⁾ scheidet die umstrittenen Fälle ebenfalls aus, indem er den Geltungsbereich der Strafnorm einschränkt: Eine Strafbarkeit nach § 226 a lasse sich nur begründen, wenn das Sittenwidrigkeitsurteil objektivierbar sei. Andernfalls trete Strafflosigkeit ein.

Demgegenüber besteht der andere Lösungsweg in der Konsequenz der verfassungswidrigen Unbestimmtheit der gesamten Rechtsnorm ⁴⁾. Ihr ist zuzustimmen, weil nur sie mit dem Prinzip "nullum crimen sine lege" Ernst macht.

1) Vgl. die Ablehnung von Welzel, Lb S. 278, 279; Roxin, JuS 1964, 373 (379); vgl. insbes. die Kritik, die das sog. Dohrn-Urteil (BGHSt 20, 81) erfahren hat. Ausführliche Hinweise finden sich bei Welzel, Lb S. 279 und Engisch, H. Mayer-Festschrift, S.399.

2) BGHSt 4, 24 (32).

3) Roxin, JuS 1964, 373, (379).

4) Hierzu sind die auf S. 190 Fußn. 1-7 genannten Autoren zu zählen.

Die Aussonderung umstrittener Fallkonstellationen ist zwingend geboten, wenn die unüberwindlichen Subsumtionsschwierigkeiten ihre Ursache in den undurchsichtigen Fallgestaltungen haben. Es sind dann die zur Normkonkretisierung existenten und nachweisbaren Maßstäbe, die die Unterordnung unter das Gesetz ausschließen. Die Ausscheidung umstrittener Fälle ist jedoch hingegen methodisch unzulässig, wenn für die Subsumtionsschwierigkeiten kausal die fehlenden Maßstäbe sind. Bei dieser Konstellation muß die Problematik auf der Grundlage des Art. 103 Abs. 2 GG ausgetragen werden.

Die sowohl vom Bundesgerichtshof als auch von Roxin herausgestellte Unsicherheit in § 226 a besteht in der eigentümlichen Maßstablosigkeit, weshalb der Bundesgerichtshof in einer "engen" Auslegung und Beschränkung auf die "zweifellosen" Fälle Sicherheit erhofft, Roxin durch die Beziehungen zu feststehenden, anderen gesetzgeberischen Entscheidungen. Im Ergebnis findet damit eine Korrektur durch Auslegung auf der Ebene des Tatbestandes statt. Es verhält sich mit dieser Konstruktion nicht anders als mit der Verteidigung des sogenannten Schurkenparagraphen, dessen Bestimmtheit schließlich auch durch "Auslegung" auf die nur "zweifellosen" Fälle gerettet werden kann.

Die Ausscheidung von Fällen aus dem Regelungsbereich des § 226 a, weil sie umstritten sind, nimmt die gesetzgeberische Entscheidung nicht Ernst. Die Einschränkung der guten Sitten auf den Bereich der nur zweifellos geltenden oder nur auf solche, die in Beziehung zu vorhandenen Gesetzen sichtbar sind, hat im Tatbestand keinen Ausdruck gefunden. Die Aussonderung der umstrittenen Fälle nimmt vor allem das Verfassungsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG nicht Ernst, weil sie ein Gesetz in einen bestimmten und unbestimmten Teil gliedert. Bei einem solchen Verfahren läuft Art. 103 Abs. 2 GG leer, da jede Norm bestimmt ist, hat man sie erst einmal von ihrer verfassungswidrigen Unbestimmtheit befreit.

Es versagen also alle Maßstäbe, an denen die Bewertung der guten Sitten auszurichten ist. Es muß auch die Lösung verworfen werden, mit Hilfe eines ausgesonderten bestimmten Teils die Vorschrift

aufrechtzuerhalten. Die Regelung in § 226 a ist als unvereinbar mit dem Prinzip tatbestandlicher Bestimmtheit anzusehen.

6. Das Merkmal "verwerflich" in § 240 Abs. 2

Die Untersuchung des Merkmals "verwerflich" erscheint überflüssig, darf man den Ausführungen der Autoren des Entwurfs 1962 Glauben schenken. Ihnen zufolge ist der Ersetzung des Begriffs "gegen die guten Sitten" durch den Begriff "verwerflich" im neuformulierten § 152 E 1962 lediglich sprachliche, nicht jedoch sachliche Bedeutung beizumessen ¹⁾. Die Berechtigung dieser Gleichsetzung bedarf indessen nicht formaler, sprachlicher Begründung, sondern der aufweisbaren Identität in der Handlungsbewertung.

Die beabsichtigte einheitliche Sprachregelung im Entwurf zum Strafgesetzbuch 1962 hat nach dem Willen der Autoren die Folge, daß die Verwerflichkeit einer Körperverletzung, einer Nötigung, einer Erpressung oder einer Beteiligung an der Beute nach dem "sozialethischen Werturteil der gerecht und billig Denkenden" festzustellen ist. Insoweit solle ein Verstoß gegen das Sittengesetz in Art. 2 Abs. 1 GG vorliegen ²⁾.

Im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz erweckt dieses Vorgehen nach zwei Seiten hin Bedenken.

Nach den bisherigen Ergebnissen läßt sich ein Werturteil auf die Erkenntnis der billig und gerecht Denkenden nicht stützen. Darüber hinaus hat sich die Annahme, "das" Sittengesetz könne mittels eines einheitlichen Maßstabs konkretisiert werden, als irrig erwiesen. Die Verschiedenartigkeit der Regelungsmaterien zwingt dazu, den normativen Ausfüllungsakt in § 226 a bzw. in § 240 Abs. 2 gesondert zu untersuchen.

1) 2) Amtl. Begründung, S. 286

Die Rechtsprechung hat sich in einer einzigen, jedoch bedeutsamen Entscheidung ¹⁾ dem anstehenden Problem entzogen, indem sie Tatbestandsgarantie vom Gesetz auf die Entscheidung des Richters verlagerte. Angesichts der Weite der Verwerflichkeitsklausel in § 240 Abs. 2 falle dem Richter die Aufgabe zu, "anstelle des Gesetzgebers durch unmittelbare Wertung zu entscheiden, ob die tatbestandsmäßige Nötigung rechtswidrig ist oder nicht". Die Unvereinbarkeit dieser Interpretation mit dem Gebot der gesetzlichen Bestimmtheit und dem Prinzip der Gewaltenteilung wurde bereits dargestellt ²⁾.

In späteren Entscheidungen ³⁾ stand nicht mehr so sehr die richterliche Wertungsbefugnis im Vordergrund als vielmehr der Maßstab des "sittlich besonders zu mißbilligenden Verhaltens". Mit Recht hat Roxin ⁴⁾ auch bei dieser Konstruktion eine Verletzung der Tatbestandsbestimmtheit gerügt, wenn bestimmte Grade sittlicher Mißbilligung unmittelbar dem Rechtsempfinden des Volkes entnommen werden sollen.

Versagen schon herkömmliche und gebräuchliche Maßstäbe, der Verwerflichkeitsklausel in § 240 Abs. 2 bestimmte Gestalt zu geben, so verwundert auch nicht die Reihe der Stellungnahmen, die die Regelung für zu unbestimmt halten. Namentlich Drost ⁵⁾, Welzel ⁶⁾, H. Mayer ⁷⁾, Hamann ⁸⁾, Lange-Fuchs ⁹⁾, Hirsch ¹⁰⁾ und Schaffstein ¹¹⁾ haben diese Folgerung gezogen.

1) BGHSt 2, 192 (196).

2) vgl. oben S. 67 ff.; vgl. oben S. 67 ff., 121 ff.

3) BGHSt 17, 328 (332); 18, 339 (392); 19, 263 (268).

4) Roxin, JuS 1964, 373 (378).

5) Drost, 38. DJT, Teil E S. 60.

6) Welzel, Lb S. 307.

7) H. Mayer, Gutachten, S. 269 und AT 1967, S. 35.

8) Hamann, Grundgesetz und Strafgesetzgebung, S. 49 Fußn. 34.

9) Lange-Fuchs, NJW 1967, 1843 (1844).

10) Hirsch, ZStW 74, 78 (124).

11) Schaffstein, ZStW 72, 369 (377).

Der Konkretisierung des Sittengesetzes stellen sich in der Tat unüberwindliche Feststellungsschwierigkeiten entgegen, wenn das Unwerturteil über Beschränkungen der Willensentschließung und -bestätigung abhängig ist von der allgemeinen Mißbilligung auf der Grundlage der gesamten ethischen Werthaltungen. Sowohl die teleologische Betrachtungsweise als auch ein Blick auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift ¹⁾ geben indessen eindeutig Auskunft darüber, daß die strafrechtlich relevanten Willensbeeinträchtigungen allein im Bereich rechtlich-sozialer Ereignisse zu suchen sind ²⁾. Mit der Sittenwidrigkeit in § 240 Abs. 2 kann nur das sozialethische Unwerturteil gemeint sein ³⁾.

Zur Klärung des normativen Ausfüllungsverfahrens ist die Differenzierung von ethischen Normen und der Sozialordnung von wesentlicher Bedeutung. Mit der Beschränkung auf den sozialen Bereich wird das Urteil über die Verwerflichkeit eines Verhaltens nicht auf einen individuellen Meinungsstand gestellt, einer rational nicht weiter zugänglichen billigen und gerechten Denkweise, sondern auf ein aufweisbares Ordnungsschema ⁴⁾. Maßgebend sind nicht die vereinigten einzelnen Werthaltungen, sondern erst die durch sie hindurchtretenden sozialen Ordnungsfaktoren.

Roxin ⁵⁾ hat den verdienstvollen Versuch unternommen, eine Reihe solcher Ordnungsprinzipien aufzustellen, die als nähere Konkretisierung der formalen Zweck-Mittel-Relation bezeichnet werden könnten. Er nennt das Rechtswidrigkeits-, das Güterabwägungs-, das Geringfügigkeitsprinzip, das Prinzip des Vorrangs staatlicher Zwangsmittel, das Prinzip des mangelnden Zusammenhangs und das Autonomieprinzip.

Im einzelnen wird auch hier Streit um die Unterordnung unter diese Prinzipien zu befürchten sein, wie der Kritik von Welzel ⁶⁾,

1) Vgl. hierzu u.a. den Überblick von Dreher, JZ 1953, 421 (428).

2) Welzel, Lb S. 307.

3) Mezger-Blei, BT S. 61; vgl. ähnlich Roxin, JuS 1964, 373 (375).

4) Mezger-Blei, BT S. 61, sprechen in diesem Zusammenhang sogar von einem richterlichen Urteil "nach objektiven Maßstäben".

5) Roxin, JuS 1964, 373 (376).

6) Welzel, Lb S. 307.

Seel ¹⁾ und Heinitz ²⁾ zuzugeben ist. Die Geltungskraft dieser Prinzipien kann jedoch nicht bezweifelt werden. Damit ist aber bereits die für die Bestimmbarkeit wesentliche Maßstabhaftigkeit erreicht ³⁾, denn die Subsumtionsschwierigkeiten rühren in diesem Fall nicht von dem durch das Gesetz vorgezeichneten Normausschnitt der Sozialordnung her.

Auf diesem Weg sichert die in der Verwerflichkeitsklausel aufgenommene Beziehung zum sozialen Normenbereich die Tatbestandsgarantie auf der Grundlage der gesetzgeberischen Entscheidung. Die erst im Wege der "engen" Auslegung zu gewinnende Konkretisierung der guten Sitten in § 226 a hingegen weist geradezu auf die fehlende Gesetzesarbeit hin.

Die Rückbeziehung auf unterschiedlich ausgestaltete Normenbestände hat in § 240 Abs. 2 die Einhaltung des Verfassungspostulats zur Folge, in § 226 a ist sie kausal für dessen Verletzung.

7. Das Merkmal des "groben Unfugs" in § 360 Nr. 11

Seit langem wird der heftigste Streit um die Berechenbarkeit eines Übertretungstatbestandes geführt: Den groben Unfug in § 360 Nr. 11.

Bereits 1895 erschien die Schrift von E. Müller mit dem Titel "Gegen den groben Unfug in der Rechtsprechung". Beling ⁴⁾ kam 1906 zu dem Urteil, die Vorschrift sei "ein Musterfall für die Strafgesetzbearbeitung, wie sie nicht sein soll ...".

In neuerer Zeit greift die Unsicherheit z.T. auf die Rechtsprechung über, indem z.B. das Amtsgericht Wilhelmshaven die Generalklausel des groben Unfugs für grundgesetzwidrig ansieht und in einem Vor-

1) Seel, Unbestimmte Merkmale, S. 91.

2) Heinitz, Berliner Festschrift für Hirsch, S. 60.

3) Ausdrücklich für die Verfassungsmäßigkeit des § 240 Abs. 2 haben sich ausgesprochen Sax, Grundsätze, S. 1010; Schröder, Gutachten, S. 70; Woesner, NJW 1963, 273 (275); Lenckner, JuS 1968, 249 (307).

4) Beling, Die Lehre vom Verbrechen, S. 156.

legungsbeschluß eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts erstrebte ¹⁾.

Die Unmutsäußerungen in der Literatur steigern sich zu Äußerungen wie: "Was man nicht subsumieren kann, sieht man als groben Unfug an" ²⁾. Oder es wird behauptet, lediglich die Einordnung der Bestimmung "in den Wust anderer Übertretungen" habe bisher die Allgemeinüberzeugung von ihrer Verfassungswidrigkeit verhindert ³⁾. Allein die Fülle der Stellungnahmen, die den Tatbestand des groben Unfugs für zu unbestimmt halten ⁴⁾, weist auf die Notwendigkeit einer rechtsstaatlichen Überprüfung hin.

Die außerordentliche Dehnbarkeit der Vorschrift spiegelt sich in der Zahl der unter dem Merkmal des groben Unfugs möglichen Subsumtionen wider. Zur Verdeutlichung dieser Interpretationsbreite mögen einige Beispiele aus der Rechtsprechung dienen. Ihre Unterordnung mag im einzelnen zwar umstritten sein. Keinesfalls können sie aber mit der erforderlichen Sicherheit ausgeschieden werden, weil sie im Widerspruch zum Wortlaut oder Sinn der Regelung stehen.

Als grober Unfug wurden u.a. bewertet:

Das aus Aberglauben erfolgende Herablassen des Leichnams eines Erhängten an einem Strick aus dem Fenster eines oberen Stockwerkes ⁵⁾,

das fortgesetzte, geräuschvolle Beifallspfeifen in einer öffentlichen politischen Versammlung ⁶⁾,

1) AG Wilhelmshaven NJW 1966, 1680. Da § 360 Nr. 11 vorkonstitutionelles Recht enthält, war die Unzulässigkeit der Vorlage vor auszusehen, vgl. BVerfG NJW 1968, 1772.

2) Schultz, MDR 1965, 17 (18).

3) Schröder, JR 1964, 392.

4) Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 156; Hamann, Grundgesetz und Strafgesetz, 49 Fußn. 34; Mezger-Blei, BT S. 309; Schröder JR 1964, 392 sowie JZ 1966, 649; Schultz, MDR 1965, 17 (18); Welzel, Lb S. 456; Woesner, NJW 1963, 273 (275); Lenckner, JuS 1968, 304 (305).

5) OLG Dresden, 31. Mai 1880.

6) OLG Dresden, 4. Juli 1883.

die ungebührliche Belästigung des Publikums an öffentlichen Orten durch demonstrativen Gebrauch sozialdemokratischer Abzeichen¹⁾, das Spazieren auf dem Kurhaushof in der bloßen Badehose²⁾, das Beschriften eines Gebäudes mit Kalkmilch³⁾ und die ungebührliche Verfolgung oder Begleitung oder Verfolgung eines Straßenpassanten⁴⁾.

Die Untersuchung des Wortlauts trägt wenig dazu bei, dem Merkmal des groben Unfugs richtungsweisend Inhalt und Konturen zu verleihen.

Der Bundesgerichtshof⁵⁾ kommt zu der allgemeinen, nahezu selbstverständlichen Erkenntnis: "Der sprachliche Sinn des Wortes Unfug deutet auf ein Verhalten hin, das sich bewußt nicht in die für das gedeihliche Zusammenleben in der jeweiligen Rechtsgemeinschaft erforderliche Ordnung einfügt". Lediglich noch tautologische Aussagekraft ist der Formulierung zuzumessen, mit der danach die Eigenschaft des "groben" Unfugs umschrieben wird: Der Tatbestand sei zu bejahen, wenn der grobe Verstoß so offensichtlich sei, daß ein billig denkender Mitbürger sein Tun als grob ungehörig empfinden würde.

Das Urteil von Frank⁶⁾ beleuchtet noch drastischer das leere Wortfeld: "Sieht man auf die Ethymologie, so würde jedes wider Fug und Recht geschehende Handeln darunter fallen". Die hiermit angezeigte Grenzenlosigkeit des Merkmals ließ es bereits geraten erscheinen, die sprachliche Interpretation nur noch als Hypothese darzustellen. Die oftmals erhobene Forderung, der Begriff des groben Unfugs müsse eingeschränkt werden, damit nicht jedes

1) OLG München, 7. Februar 1883. Die Urteile sind nachgewiesen in GA Bd. 37, 69 Fußn. 7.

2) BayObLG 21, 175.

3) OLG Celle, NJW 1951, 772; OLG Hamburg, JZ 1951, 728.

4) OLG Hamm, NJW 1966, 2420.

5) BGHSt 13, 241 (244).

6) Frank, § 360 Anm. XI, 2; ebenso Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 156.

Handeln wider die Ordnung strafbar sei ¹⁾, drückt ebenfalls das Unbehagen an einer als zu weit empfundenen Sprachregelung aus.

Inwieweit die erhoffte Grenzziehung auf materiellem Gebiet gelingt, hat mithin zentrale Bedeutung für die Tatbestandsausdehnung des groben Unfugs. Die Entscheidung über die Tatbestandsbestimmtheit hängt indessen davon ab, ob die Einschränkungen mit der Forderung nach einer vorherigen gesetzlichen Regelung zu vereinbaren sind.

Bei der von der Rechtsprechung ²⁾ und Literatur ³⁾ vorgenommenen Ausfüllung setzt sich der Begriff des groben Unfugs aus drei Elementen zusammen: Der grob ungebührlichen Handlung, einer hierdurch eintretenden Störung oder Gefährdung des äußeren Bestandes der öffentlichen Ordnung und der damit bewirkten Belästigung der Allgemeinheit.

Die Feststellbarkeit der Reaktion der Allgemeinheit bereitet hierbei die geringsten Schwierigkeiten, da sie, vergleichbar mit der Erregung eines öffentlichen Ärgernisses in § 183 ⁴⁾, deskriptive Züge trägt. Die Bewertung einer Handlung als ungebührlich, die eine Beziehung zum Normenbestand der "allgemeinen Verkehrssitte" ⁵⁾ erfordert und erst auf diese Weise mit einem normativen Inhalt aufzufüllen ist, gelingt indessen nicht mit der gebotenen Eindeutigkeit.

Die allgemeine Verkehrssitte, der Maßstab dessen, "was sich gebührt" oder die Anforderungen von "Fug und Recht" umspannen in weitem Bogen rechtliche und gesellschaftliche Ordnungsvorstellungen. Insbesondere die - gesetzlich vorgezeichnete und daher unumgängliche - Ausdehnung auf die außerrrechtlichen Bereiche sprengt

-
- 1) RGSt 19, 294 (295 ff.); 32, 100 (101); BGHSt 13, 241 (244); Schwarz-Dreher, § 360 Anm. 11 B a; v. Liszt-Schmidt, Lb S. 871; Heinitz, Berliner Festschrift für Hirsch, S. 47 (48).
 - 2) vgl. u.a. RGSt 1, 400 (401); 31, 185 (192); BGHSt 13, 241 (244).
 - 3) Statt vieler Werner, LK § 360 Anm. XI, 11 und 14.
 - 4) Zur Deskriptivität dieses Merkmals vgl. Mezger, Traeger-Festschrift, S. 223.
 - 5) Werner, LK § 360 XI, 14.

hierbei die Grenzen herkömmlicher Normenbeziehungen, so daß die Kennzeichnung der Vorschrift als eine "allgemeine Belästigungsklausel" ¹⁾ durchaus angebracht erscheint.

Die Rechtsprechung trägt auch keine Bedenken, der Beachtung dieser Ordnungsnormen bis hinein in die Gefühlsbereiche, Befürchtungen und Empfindungen des Ungehaltenseins durch strafrechtliche Sanktionen Rechnung zu tragen. So hält beispielsweise das Oberlandesgericht Hamm bei einem Abmontieren von Radkappen eines PKWs groben Unfug dann für gegeben, "wenn durch die Tat in der Allgemeinheit das Gefühl der Sicherheit für unbeaufsichtigt abgestellte Kraftfahrzeuge beeinträchtigt werden könnte " ²⁾. Ebenso bewertet das Oberlandesgericht die ungebührliche Begleitung oder Verfolgung von Straßenpassanten als groben Unfug, weil dadurch "jeder befürchten muß, bei der Benutzung öffentlicher Wege in gleicher Weise behelligt zu werden" ³⁾. Sogar das Beschriften eines Gebäudes mit Kalkmilch greift auf diese Weise in das Gefühl allgemeinen Wohlbefindens ein: Grober Unfug ist nach der Begründung des Oberlandesgerichts Celle deswegen zu bejahen, weil die Bevölkerung ungehalten über mangelndes Staatseingreifen war und das Publikum zudem "unwillkürlich veranlaßt wird, von einer Inschrift Kenntnis zu nehmen, was es nicht wollte" ⁴⁾. Mit dieser Begründung werden der Regelung des groben Unfugs bereits bildungspolitische Bereiche erschlossen.

Die Eingrenzung der kasuistischen Vorstellungsfelder auf ein kontrollierbares Maß muß bei dem groben Unfug als unlösbare Aufgabe angesehen werden. Eine Kritik, inwieweit die erwähnten Sachverhalte strafwürdig und die zitierten Entscheidungen fehlerfrei

1) Maurach, BT S. 490.

2) OLG Hamm VRS 28, 437 (438); bereits die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 5, 299 (300) stellte auf die Beeinträchtigung "in dem Gefühl eigener Sicherheit" ab.

3) OLG Hamm NJW 1966, 2420 (2421).

4) OLG Celle NJW 1951, 772; in einem ähnlichen Fall wurde die Belästigung in dem Anreiz zu einer Wiederholung des Bemalens gesehen, OLG Hamburg JZ 1951, 728.

sind, kann dabei keinen Einfluß des Tatbestandes gewinnen. Es muß nämlich Ratlosigkeit darüber konstatiert werden, welches Kriterium eine gleichmäßige, die Einzelfälle abgrenzende Rechtsanwendung sichert.

Dieser Mangel schlägt sich in dem Schweigen von Rechtsprechung und Literatur nieder, mit welchem Inhalt die Ungebühr des groben Unfugs zu füllen ist ¹⁾.

Lediglich Werner ²⁾ weist darauf hin, der Verstoß müsse sich gegen die polizeiliche Ordnung im Sinne der "Gesellschaftsordnung" richten, gegen die "allgemeine Verkehrssitte". Es komme auf das Werturteil an, das die Gesamtheit des an der Verkehrssitte interessierten Publikums - oder richtiger dessen Durchschnitt - über den Vorgang fälle.

Die Feststellbarkeit eines solchen Werturteils durchschnittlicher Güte gelingt nicht. Nach welchen Maßstäben soll das Interesse des Publikums an der Verkehrssitte ausfindig zu machen sein, wenn diese "Sitte" noch nicht einmal feststeht? Zeigt sich das Desinteresse an der mangelnden Befolgung der Verkehrssitte - wobei wieder das Problem auftaucht, ob die Nichtbefolgung nicht vielleicht der "richtigen" Verkehrssitte entspricht - oder ist abermals auf den untauglichen "billig denkenden Mitbürger" ³⁾ abzustellen?

Die normative Ausfüllung des groben Unfugs kann auf diese Weise nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit vorgenommen werden. Die Normen der Sitte, des Anstands, der Verkehrssitte, der Gesellschaftsordnung oder der bloßen Ungebühr sind so vielschichtig und weitgespannt, so ungewiß in ihrer Erkenntnis und Geltung, daß eine Rechtsanwendung auf sie nicht bauen kann.

1) Auch Heinitz, Berliner Festschrift für Hirsch, der ausführlich auf die einzelnen Merkmale eingeht, enthält sich einer Aussage über den Inhalt der Ungebühr. Nach der Aufnahme des Merkmals "ungebührlich" in den §§ 301 E 1962 bleibt ebenso ungewiß, nach welchen Richtpunkten dieses Verhalten festzustellen ist.

2) Werner, LK, § 360 Anm. XI, 14.

3) so BGHSt 13, 241 (244).

Ein abschließendes Urteil über den Gesamttatbestand erschiene gleichwohl verfrüht, bevor nicht zwei die Bestimmtheit des groben Unfugs fördernden Konkretisierungsmöglichkeiten geprüft sind.

Der Mangel hinreichend bestimmbarer Normbeziehungen könnte nämlich einmal dadurch kompensiert werden, daß - als Folge der ungewissen, ungebührlichen Handlung - die Feststellbarkeit der Störung des äußeren Bestandes der öffentlichen Ordnung den notwendigen Bestimmtheitsschutz vermittelt. Zum anderen ist in Betracht zu ziehen, ob nicht aus einem Vergleich zur historischen Entwicklung des groben Unfugs und zu anderen gesetzlichen Regelungen oder mittels übergeordneter Gesichtspunkte eine Einschränkung zu erzielen ist.

Am Beginn einer Klärung des Begriffs der "öffentlichen Ordnung" stellt sich die Frage, welcher Ordnungsbereich gemeint ist: Der polizeirechtliche, der allgemein strafrechtliche oder ein spezifischer, am Schutzzweck des groben Unfugs zu entwickelnder Bereich.

Die öffentliche Ordnung i.S.d. Polizeirechts umfaßt "die Gesamtheit jener ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des Einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerläßliche Voraussetzung eines geordneten, staatsbürgerlichen Gemeinschaftslebens betrachtet wird" ¹⁾. Dieser Begriffsinhalt ist für eine strafrechtliche Einbeziehung unanwendbar, weil er ausdrücklich auf den Aufgabenbereich der Polizei zugeschnitten und ein polizeiliches Eingreifen erst beim Vorliegen weiterer Voraussetzungen vorgesehen ist. Der Begriffsinhalt wäre darüber hinaus im strafrechtlichen Sinn unbestimmt ²⁾, weil die Gesamtheit der ungeschriebenen Verhaltensregeln weder zuverlässig einsehbar noch von sonstigen irrelevanten Verhaltensweisen abgrenzbar ist.

1) ProVG 91, 139 (140); vgl. im einzelnen Drews-Wacke, Allgemeines Polizeirecht, 7. Aufl. S. 73 ff.

2) Gegen die strafrechtliche Bestimmbarkeit des polizeilichen Ordnungsbegriffs ebenfalls BayVerfGH N.F. 4, 194 (205).

Unbeachtlich bleiben kann ferner der in der Überschrift des 7. Abschnitts zum 2. Teil des Strafgesetzbuches verwendete allgemeine Begriff der öffentlichen Ordnung. Unter der Bezeichnung "Verbrechen und Vergehen gegen die öffentliche Ordnung" sind die verschiedensten Straftaten zusammengefaßt, so daß schon aus diesem Grund der herrschenden Meinung ¹⁾ zuzustimmen ist, die der Kollektivbezeichnung "öffentliche Ordnung" keinerlei materiell-rechtliche Bedeutung beimißt.

Zwangsläufig ist dem auf einen Schutz der öffentlichen Ordnung abzielenden Tatbestand des groben Unfugs ein eigenständiger Ordnungsbegriff zugrunde zu legen. Die in dieser Richtung spärlichen Ausführungen sind jedoch bestenfalls geeignet, die sich um die Tatbestandsausdehnung rankenden Zweifel zu vermehren.

Wenn Werner ²⁾ auf die polizeiliche Ordnung i.S.d. "Gesellschaftsordnung" und die "allgemeine Verkehrssitte" abstellt, die durch das Werturteil der Gesamtheit gebildet werde, so begegnet diese Begriffsausdehnung den bereits erörterten Bedenken ³⁾ mangelnder Feststellbarkeit.

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof ⁴⁾ setzt ebenfalls den am groben Unfug entwickelten Begriff der öffentlichen Ordnung mit der Gesellschaftsordnung gleich. Er beurteilt ihn, wohl zu Unrecht, als "eng" gegenüber dem unbestimmten, mit Art. 104 der Bayerischen Verfassung unvereinbaren Begriff der öffentlichen Ordnung in Ziffer 21 des bayerischen Gesetzes Nr. 3 vom 16. Oktober 1945 (GVBl Nr. 6 S. 2). Denn die Gesellschaftsordnung umfaßt über die mehr an rechtlichen Vorstellungen anknüpfende öffentliche Ordnung auch jegliche Bereiche der Konvention, der Sitte und des Anstandes in weitem

1) Vgl. u.a. Frank, § 123 Anm. I; Schönke-Schröder, § 123 Rdnr. 1 sowie Werner, LK § 360 Anm. XI, 14 m.w.Nw.

2) Werner, LK § 360 Anm. XI, 14.

3) s.o. S. 204.

4) BayVerfGH E N.F. 4, 194 (206).

Sinn 1).

Noch ungewisser erscheinen die Grenzen, wenn Frank ²⁾ den äußeren Bestand der öffentlichen Ordnung umschreibt als "äußerlich erkennbare Beziehung individuell unbestimmter Personen oder Sachen zueinander".

Darüber hinaus erleichtern die den Bestandsschutz der öffentlichen Ordnung auslösenden weiteren Faktoren die Grenzziehungen keineswegs. Sowohl das bereits genügende Moment der "Gefährdung" ³⁾ als auch die ausreichende Vorhersage der "Eignung" ⁴⁾ der Ordnungsbeeinträchtigung ermöglichen eine ausdehnende Anwendung. Zu deren Kontrolle leisten weder der Wortlaut des groben Unfugs noch die Ermittlung seines maßgebenden Sinns Hilfestellung.

Das Unternehmen, den groben Unfug mittels weiterer Definition näher zu erfassen, führt mithin zum entgegengesetzten Erfolg. Die Bestandteile der grob ungebührlichen Ordnung zerfließen ihrerseits in ein unbestimmbares Gemisch von gesellschaftlichen Ordnungsvorstellungen und allgemeiner Verkehrssitte. Die Ungewißheit, die in diesen Normenbeziehungen liegt, spiegelt die dem groben Unfug innewohnende Unerträglichkeit wider, Verstöße gegen die Ungebühr strafrechtlich regeln zu wollen.

In der von dem Bemühen um eine Einschränkung gekennzeichneten Diskussion wird die Bestimmtheit des groben Unfugs oft damit begründet, der Tatbestand sei im Vergleich zu sonstigen gesetzlichen Anhaltspunkten hinreichend umgrenzt.

So hat die Rechtsprechung wiederholt aus der Gleichstellung mit dem Tatbestand des ruhestörenden Lärms in § 360 Nr. 11 gefolgert,

-
- 1) Schröder, JR 1964, 392 ist gleichfalls der Ansicht, der Wortlaut des groben Unfugs sei noch unbestimmter als der vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof für verfassungswidrig gehaltene Tatbestand "wer gegen die öffentliche Ordnung verstößt, wird ... bestraft".
 - 2) Frank, § 360 Anm. XI, 2 a.
 - 3) Seit RGSt 1, 400 (401) st. Rspr. und h.M.
 - 4) vgl. z.B. RG GA Bd. 45, 128; BGHSt 13, 241 (247).

als grober Unfug sei jede ähnliche störende Einwirkung auf das Publikum anzusehen ¹⁾.

Die Widerlegung dieser Behauptung bereitet indessen keinerlei Schwierigkeiten, hält man sich die Eigenart des in dem einen Fall deskriptiven, in dem andern Fall normativen Handlungsbezuges vor Augen. Die Beeinträchtigung der Ruhe durch Lärm ist allgemeingültig feststellbar, weil dieser mit den Sinnesorganen wahrnehmbar ist und seine nachweisbare Realität unter Umständen bis zur exakten Messung der Phonzahl gedeihen kann, Die Gefährdung der öffentlichen Ordnung durch ungebührliches Verhalten ist hingegen nicht nachweisbar, weil das Urteil über die Ungebühr auf Wertbereiche zurückgreift, denen ein einheitlicher Maßstab, allgemeingültige Erkenntnis oder anerkannte Geltung fehlt. Die Gleichstellung, in beiden Fällen würden die Interessen der Allgemeinheit beeinträchtigt, folglich sei die Bestimmtheitsproblematik gleichgelagert, enthält nicht nur eine mangelhafte Differenzierung. Sie stellt obendrein einen unzulässigen Analogieschluß dar.

Die dem Tatbestand mit dem Erfordernis des "groben"Verstoßes bezweckte Einschränkung führt gleichfalls nicht weiter. Fehlt es an der Erkennbarkeit ungebührlichen Verhaltens, so hilft die Begrenzung auf einen bestimmten Grad der Mißbilligung oder ein erhebliches Maß ²⁾ auch nicht weiter. Die Untauglichkeit einer solchen Einschränkung findet u.a. Ausdruck in der tautologischen Erklärung des Bundesgerichtshofs, ein grober Verstoß liege bei einem so öffentlichen Mißverhalten vor, "daß ein billig denkender Mitbürger sein Tun als grob ungehörig empfinden würde" ³⁾.

Beachtung wegen seiner außergewöhnlichen Einschränkung verdient in diesem Zusammenhang der Vorläufer des groben Unfugs, § 183 ALR II,

1) RGSt 19, 294 (296); KG JR 1965, 393; OLG Hamm NJW 1966, 2420.

2) so BayObLGSt Bd. 6, 366 (368).

3) BGHSt 13, 241 (244).

20 mit seiner Formulierung ¹⁾: "Mutwillige Buben, welche auf den Straßen oder sonst Unruhe erregen oder grobe Unsittlichkeiten verüben, die einen Zusammenlauf des Volkes veranlassen könnten, ...". Das Kriterium des Volkszusammenlaufs sichert der Anwendung des Tatbestandes einen engen Ausschnitt aus der Fülle aller möglichen Belästigungen. Diese bedeutsame Einschränkung fehlt im § 360 Nr. 11.

Zur Rettung des auf diese Weise unbestimmten Tatbestandes des groben Unfugs fehlt es schließlich nicht an Versuchen, die Anforderungen an den Bestimmtheitsgrundsatz selbst zu senken.

So begründet das Kammergericht, das sich am ausführlichsten für die Vereinbarkeit des groben Unfugs mit Art. 103 Abs. 2 GG einsetzt, seine Ansicht damit, der Rechtsprechung sei es gelungen, "dem Begriff unter Anwendung allgemeiner Auslegungsgrundsätze einen genügend bestimmten Inhalt zu geben" ²⁾. Das könne man nicht bezweifeln.

Diese Behauptung hält einer Kritik im Sinne der vorangegangenen Erörterung nicht stand. Die angenommene Zweifellosigkeit ist gerade der Anlaß für namhafte Autoren ³⁾, Zweifel an der Bestimmtheit des Tatbestandes zu äußern. Außerdem stützt das Gericht seine Ansicht auf das untaugliche Kriterium der Interpretationsbestimmtheit, welches erwiesenermaßen die Wirksamkeit der Tatbestandsgarantie blockiert.

Für die Tatbestandsbestimmtheit kommt es eben nicht entscheidend darauf an, durch immer engere Auslegungsergebnisse dem Tatbestand endlich einen "bestimmten Inhalt" zu geben. Maßgeblich ist vielmehr die Bestimmtheit des Tatbestandes in den Begriffen als solchen ⁴⁾. Die Auslegungsarbeit des Richters ermöglicht die Feststellung des Inhalts und Sinns eines Gesetzes, sie fällt jedoch nicht mit der nach anderen Kriterien zu beurteilenden Entscheidung

1) Zitiert nach Maurach, BT S. 460.

2) KG JR 1965, 393.

3) s.o. S. 200 Fußn. 4.

4) Mezger-Blei, BT S. 309.

zusammen, ob dieser Gesetzesinhalt auch bestimmt genug ist ¹⁾.

Daher müssen auch alle Forderungen unbeachtlich bleiben, die auf eine Einschränkung des groben Unfugs durch Auslegung hinauslaufen ²⁾ oder auf eine Verteilung der gesetzgeberischen Kompetenz an den Richter, "anhand des Rechts Maß zu geben" ³⁾. Es stellt geradezu eine Mißachtung des gesetzgeberischen Willens dar, die Geltung des groben Unfugs auf eine subsidiäre Funktion zu beschränken, wie Frank ⁴⁾ es fordert, Die nur aushilfsweise Geltung findet im Gesetz keine Stütze.

Die Eigenart der übergeordneten Gesichtspunkte, mit denen vergeblich die Einschränkung des groben Unfugs auf ein erträgliches Maß erstrebt wird, weist eindringlich auf die gebotene Gesamtbeurteilung des Tatbestandes hin. Die für die Rechtssicherheit unerträgliche Belästigungsklausel gestattet keine Flucht in die Mittel der restriktiven Auslegung, der Delegation gesetzlicher Aufgaben in die Hand des Richters oder den Ausweg subsidiärer Degradierung.

In dem Fall der mangelnden Erkenntnis als auch der fehlenden Möglichkeit, die Ausdehnung des ungebührlichen Verhaltens festzustellen und gegenüber unbeachtlichen Verhaltensformen abzugrenzen, ist allein die Beurteilung geboten, die mit dem Bestimmtheitsgrundsatz "nullum crimen sine lege" Ernst macht: Der Verfassungswidrigkeit des groben Unfugs.

1) Vgl. ausführlich oben S. 66 ff.

2) Schwarz-Dreher, § 360 Anm. 11 B a.

3) Heinitz, Berliner Festschrift für Hirsch, S. 58.

4) Frank, § 360 Nr. 11 Anm. XI, 2.

VIERTER ABSCHNITT

ABSCHLIESENDE WÜRDIGUNG

DIE AUSWIRKUNGEN DER VERFASSUNGSWIDRIGKEIT AUF DIE REGULUNGSMATERIE DER EINZELNEN TATBESTÄNDE

Die bisherigen Ergebnisse vermögen weder besorgniserregende Skepsis gegenüber dem Bestand strafrechtlicher Garantien auszulösen noch allerdings jene beruhigende Selbstsicherheit zu bestätigen, mit der vor allem die Rechtsprechung die gebotene Bestimmtheit in sämtlichen Strafnormen als gewahrt ansieht.

Von den knapp 800 normativen Merkmalen im Strafgesetzbuch sind fünf herauszustellen, denen das Moment rechtsstaatlicher Berechenbarkeit fehlt: "in einer Sitte oder Anstand verletzenden Weise" in § 184 Abs. 1 Nr. 3 a, das "sittliche Wohl eines Kindes" in § 170 d, "aus niedrigen Beweggründen" in § 211 Abs. 2, "gegen die guten Sitten" in § 226 a sowie der "grobe Unfug" in § 360 Nr. 11.

Eine derart tief in die Existenz strafrechtlicher Normen eingreifende Beurteilung kann sich nicht mit der Feststellung der Resultate begnügen, ohne wiederum deren Folgen in dem strafrechtlichen Gesamtzusammenhang eingeordnet zu sehen. Die Probleme, die durch die Aussonderung der verfassungswidrig unbestimmten Tatbestände entstehen, sind insofern der Thematik verhaftet, als die Ausfüllung strafrechtlicher Lücken zugleich einen Beitrag zur Rechtssicherheit vermittelt.

Unter diesem Gesichtswinkel wird die abschließende Betrachtung die Ansicht der Rechtsprechung zu überprüfen haben, derzufolge die allgemeinen Begriffe unentbehrlich sind, weil ohne sie die Vieltätigkeit des Lebens nicht Rechnung getragen werden könne.

I. Die Auswirkungen auf § 184 Abs. 1 Nr. 3 a

Das Urteil der Verfassungswidrigkeit über den Tatbestand des § 184 Abs. 1 Nr. 3 a würde von vornherein keine große Lücke hinterlassen, Die Vorschrift besitzt Ausnahmecharakter gegenüber der Regelung in § 184 Abs. 1 Nr. 3 und dient dem Ziel, eine diskrete Werbung zuzulassen ¹⁾. Praktische Bedeutung haben bisher im wesentlichen nur die Fälle des Anbietens von Präservativen ²⁾ erlangt.

Wirft man einen Blick auf die übrigen Strafnormen, so könnten die besonders anstößigen Verbreitungsformen von Verhütungsmitteln u.U. als Beleidigung zu bewerten sein ³⁾.

Die eigentümliche Problematik der Vorschrift erschließt sich aber erst dann, wenn man den außerstrafrechtlichen Ordnungsbereich betrachtet, der gleichfalls mit der Regelung der Verbreitung von Verhütungsmitteln befaßt ist. Danach stützt sich die Notwendigkeit, die durch den Wegfall der Vorschrift auftretende Lücke wiederum durch die Mittel des Strafrechts ausfüllen zu müssen, auf eine zumindest zweifelhafte Berechtigung.

In der Gewerbeordnung war bereits durch § 41 a GewO i.d.F. des Gesetzes vom 5.2.1960 das Verbot enthalten, Verhütungsmittel in Warenautomaten feilzuhalten. Der folgende Streit, welchem der beiden Verbote die speziellere Geltung zuzusprechen war ⁴⁾, erweckte bereits Zweifel an der Maßgeblichkeit allein strafrechtlicher Sanktionen. Diese Bedenken erhielten erneut Nahrung durch die Neuregelung des Gesetzes vom 24.8.1967 zur Änderung der GewO ⁵⁾. In

1) Schwarz-Dreher, § 184 Anm. B.

2) vgl. vor allem RGSt 67, 65; BayObLG GA 1953, 179; BGH NJW 1959, 1092; BGH NJW 1961, 838; BGH NJW 1962, 162.

3) vgl. RGSt 52, 270 (272): Tateinheit zwischen § 184 und § 186; vgl. auch BGHSt 11, 67, wonach in der unverlangten Zusendung einer Werbeschrift, die u.a. Maßnahmen zur Verhütung der Empfängnis empfiehlt, die Strafbarkeit wegen Beleidigung für möglich gehalten wird.

4) vgl. einerseits Schwarz-Dreher, § 184 Anm. B c; Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler, GewO § 41 a Anm. 13 und andererseits BGH NJW 1961, 838; BGH NJW 1962, 162.

5) BGBI 1967, Teil I S. 933 ff.

der Neuregelung werden nur noch verwaltungsrechtliche Maßnahmen für angemessen erachtet (vgl. Art. 1 Abs. 6 des genannten Gesetzes).

Die enge, sich bis zum Konkurrenz verdichtende Nachbarschaft zum Gewerberecht führt zu der Frage, welcher andersartige, nämlich strafrechtliche Unrechtsgehalt dem Anbieten der Verhütungsmittel in § 184 Abs. 1 Nr. 3 a zugrunde liegt.

Der Bundesgerichtshof ¹⁾ differenziert dahin, für das gewerbe-
polizeiliche Verbot sei das Interesse des Jugendschutzes vorrangig,
für die strafrechtliche Bestimmung die Aufrechterhaltung von Sitte
und Anstand. Da die Verhütungsmittel ebenso zur Unzucht mißbraucht
würden, gebiete das Gesetz für die Art und Weise der Werbung, sie
müsse sich dem natürlichen Schamgefühl unterordnen ²⁾.

Schönke-Schröder ³⁾ erklären das gesetzgeberische Motiv mit dem
Schutzzweck. Es gelte, eine Beeinträchtigung des Anstandsgefühls
zu verhindern.

Geht man von Strafwürdigkeitsüberlegungen dieser Art aus ⁴⁾, ver-
mehrten sich die Zweifel an der Berechtigung der Vorschrift und
der Notwendigkeit, einer solchen Materie Herr zu werden.

In diesem Zusammenhang ist nur auf die unterschiedlichen Meinungen
des Bundesgerichtshofs und des Bundesverwaltungsgerichts hinzuwei-
sen ⁵⁾, welche die Fragwürdigkeit eines solchen "natürlichen"
Schamgefühls beleuchten. Maurach ⁶⁾ spricht nicht zu Unrecht von

1) BGH NJW 1961, 838 (839).

2) BGH NJW 1959, 1092.

3) Schönke-Schröder, § 184 Rdnr. 23.

4) Im Rahmen der abschließenden Betrachtung kann nur auf die
herrschende Meinung Bezug genommen werden, nicht auf die ein-
zelnen legislatorischen Überlegungen nach den verschiedensten
Richtungen hin.

5) vgl. oben S. 165 ff.

6) Maurach, BT S. 430, 431 iVm. S. 428.

einer Art "groben Unfugs" auf dem Gebiet der Sexualspäre. Es erscheint durchaus legislatorischer Überlegungen wert, ob auf diesem Gebiet die Mittel des Strafrechts einzusetzen sind.

Sachliche Gegebenheiten sprechen vielmehr dafür, einer unanständigen Werbung dort zu begegnen, wo ihre Bezugskordinaten verwurzelt sind: Im Bereich gewerbepolizeilicher und ordnungspolizeilicher Maßnahmen und im Bereich wirtschaftspolitischer und -rechtlicher Maßnahmen. Hierbei verdient z.B. das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb besondere Beachtung.

Stellt man sich trotzdem auf den Standpunkt, eine unanständige Art und Weise der Werbung verdiene strafrechtliche Beachtung, so bedarf es eingehender, bisher fehlender kriminologischer Unterlagen, die eine Strafbarkeit rechtfertigen. Auch in diesem Fall wäre gemäß der Tatbestandsgarantie eine bestimmte Artikulation zu fordern. Dabei wäre u.U. an eine mögliche deskriptive Ausgestaltung zu denken, etwa in der Festlegung nachweisbarer Reaktionen aufgrund ärgerniserregender Vorgänge.

Insgesamt gesehen wären mit dem Ausscheiden des § 184 Abs. 1 Nr. 3 a keine bedenklichen Folgen verbunden. Die durch den Wegfall der Vorschrift entstehende Lücke hat geringe Ausmaße. Soweit ein anerkennenswertes Bedürfnis besteht, diese Lücke auszufüllen, ist ihr mit außerstrafrechtlichen Mitteln zu begegnen. Soweit ein - erst noch zu begründendes - Strafbedürfnis existiert, kann dieses in der gebotenen Bestimmtheit formuliert werden.

II. Die Auswirkungen auf § 170 d

War die Befürchtung des Moralisierens bereits der Anlaß, die Tatbestandsgrenzen in der Alternative der Gefährdung des sittlichen Wohls eines Kindes in § 170 d als ungewiß anzusehen, so beansprucht diese bedenkliche Regelung erhöhte Aufmerksamkeit unter dem Gesichtspunkt der erforderlichen Lückenausfüllung.

Die Bedeutung der Vorschrift wird z.T. bereits mittels der im Tatbestand hervorgehobenen Subsidiarität abgeschwächt. Die Einsicht in die Notwendigkeit einer strafrechtlichen Regelung wird zusätzlich dadurch erschwert, daß der Anspruch des Kindes auf sittliche Fürsorge ¹⁾ zugleich umfassend zivilrechtlich geschützt wird ²⁾. Es fehlen vor allem wieder die kriminologischen Unterlagen, die den strafrechtlichen Einbruch in den familiären Pflichtenkreis rechtfertigen ³⁾. Mit der generellen Verweisung auf das sittliche Wohl ist jedenfalls die Einbeziehung der Moralsphäre nicht ausgeschlossen, so daß von hieraus verstärkt Bedenken gegen eine unentbehrliche und strafnotwendige Sanktion bestehen ⁴⁾. Einigen der als Gefährdung des sittlichen Wohls angesehenen Fällen liegen Sachverhalte zugrunde, deren Beurteilung nach anderen Strafnormen, nämlich den §§ 223 ff. oder der Alternative der körperlichen Kindesgefährdung in § 170 d, durchaus möglich erscheint. So etwa der vom Reichsgericht in Band 77, Seite 215 entschiedene Fall, in dem die Mutter sich in Wirtschaften amüsierte und oft spät und angetrunken nach Hause kam, während ihr Kind vernachlässigt wurde. Oder in dem vom Bundesgerichtshof in Band 8, Seite 92 zu beurteilenden Fall, in dem der Vater seine Kinder auf Zechtouren mitnahm, sich dabei betrank und überdies zuhause schamlos verhielt.

In anderen Fällen ist zum Schutz des Kindes ein Eingreifen gleichfalls geboten. Problematisch bleibt indessen, ob hierzu die Mittel des Strafrechts notwendig und tauglich sind.

1) Zum Rechtsgut in § 170 d vgl. Maurach, BT S. 399.

2) vgl. §§ 1626, 1631, 1666 BGB.

3) Mit Recht sieht Sax, Grundsätze, S. 1011 die unbestimmte Tatbestandsfassung in § 170 d als Ausdruck der eigenen Unsicherheit des Gesetzgebers über die Strafwürdigkeit an.

4) vgl. einerseits die weite Inhaltsgebung durch die Rechtsprechung ("Eltern haben ihre Söhne nach den sittlichen Anschauungen unseres Kulturkreises zu bilden ...", BGHSt 3, 256, 257), andererseits die grundsätzliche Einschränkung von Roxin, JuS 1966, 377 (382), die Moral sei kein Rechtsgut im Sinne eines zweckbetonten Strafrechts.

Wenn die Eltern in der gemeinsamen Wohnung wochenlang ihre Betten mit anderen Geschlechtspartnern teilen ¹⁾, die Mutter trotz Anwesenheit des Sohnes in der Wohnung unzüchtige Handlungen einiger Gäste duldet ²⁾, oder der Stiefvater häufig vor dem Kind zu onanieren pflegt ³⁾, so ist die Entwicklung des Kindes sicherlich gefährdet. Eine strafrechtliche Regelung vermag in diesen Fällen möglicherweise nur unvollkommenen Schutz zu gewähren. Sie wird nicht ohne -ungünstige- Rückwirkung auf das Erziehungsverhältnis sein. Außerdem können die Eltern vielleicht mit den ihnen gemäßen Mitteln wirksamer zu ihren Pflichten angehalten werden ⁴⁾.

Fehlende Unterlagen über den Einfluß und die Berechtigung strafrechtlicher Eingriffe ⁵⁾ in familienrechtliche Unordnungen gestatten in dieser Frage jedoch keine weiteren Mutmaßungen.

Bedeutsam für eine durch den Wegfall der Tatbestandsalternative entstehende Lücke ist hingegen die Lösung, durch Verwendung des Begriffs der "Verwahrlosung" ⁶⁾ die strafrechtliche Regelung auf eine bestimmte und ausreichende Grundlage zu stellen. Auf diese Weise würde die unerträgliche Ausdehnung auf den moralischen Bereich vermieden und dem notwendigen Schutz des Kindes Rechnung getragen. Für die Behauptung, der unbestimmte Begriff der Gefährdung des "sittlichen Wohls eines Kindes" sei unentbehrlich, ist damit kein Raum.

1) BGHSt 3, 256.

2) BGHSt 5, 40.

3) BGH MDR 1964, 772.

4) Mit ähnlicher Kritik stellt Lenckner, JuS 1968, 249 (306) die Vorschrift des § 170 d in Frage.

5) vgl. hierzu insbes. Hellmer, ZStW 70, 360 ff., der nachzuweisen versucht, daß die §§ 170 a ff. kriminalpolitisch nicht notwendig sind.

6) so § 198 im Entwurf 1962; vgl. auch Blei, FamRZ 1961, 137 (143 Fußn. 57), der den Begriff der Verwahrlosung ebenfalls als eine wesentlich straffere Fassung ansieht.

III. Die Auswirkungen auf § 211 Abs. 2

Mit der Entfernung der Generalklausel "aus niedrigen Beweggründen" aus § 211 Abs. 2 wären geringe sachliche Folgen verknüpft. Das Ergebnis strafrechtlicher Ahndung der schwersten Fälle vorsätzlicher Tötung bliebe unverändert lebenslanges Zuchthaus, da dieses Resultat nach dem jetzigen Rechtszustand bereits über die Strafzumessung gemäß § 212 Abs. 2 möglich ist.

Mithin stellt es lediglich ein gesetzestechnisches Problem dar, auf welche Weise die Mordqualifikation in den Tatbestand aufzunehmen ist.

Die Mordmerkmale könnten abschließend kausuistisch aufgezählt werden. Diese Methode hätte den Vorteil der Klarheit und Bestimmtheit für sich, wäre jedoch dem Vorwurf der Starrheit und mangelnden Berücksichtigung der Einzelfallgerechtigkeit ausgesetzt.

Die Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag könnte auch nur mit Hilfe einer Generalklausel zu treffen sein. Sowohl die Formulierung der "niedrigen Beweggründe" als auch das nach früherem Recht maßgebliche, jetzt vom Entwurf 1962 in § 135 Abs. 2 wieder aufgenommene Kriterium der Tötung "mit Überlegung" werfen erhebliche Bedenken auf. Gerade die Auslegung und Feststellung der "Überlegung" brachte Unsicherheit und Zweifel mit sich, da immer mehr Überlegungsformen zu unterscheiden wären ¹⁾.

Das janusköpfige Wesen der Generalklausel offenbart sich in der Ausgestaltung des Mordtatbestandes besonders deutlich. Während der Entwurf 1962 die ohne Überlegung begangenen Tötungen als Totschlag (§134 Abs. 1) wertet, ist die überwiegende Zahl der in der Begründung angeführten Motive bisher als "niedriger Beweggrund"

1) Vgl. Conen, Tötungsdelikte im E 1962, Diss. 1964, der auf 16 Lösungsmöglichkeiten zur Auslegung des Merkmals der Überlegung hinweist (S. 16). Siehe ebenfalls die dort auf S. 24 ff. überwiegend angeführten ablehnenden Meinungen zum Überlegungsmerkmal; vgl. auch Kohlrausch-Lange, §§ 211, 212 Anm. III, 4.

und mithin als Mord bewertet worden ¹⁾.

Aus dieser Umkehrung der Werturteile erhellt einmal mehr die Verknüpfung von Strafwürdigkeit und Bestimmtheit. Als niedrige Beweggründe sind bisher Verhaltensweisen bewertet worden, die diese Mordqualifikation u.U. gar nicht verdienen.

Die Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag könnte darüber hinaus in den Bereich der Strafzumessung verlegt werden. Außerdem ist es denkbar, die gesetzgeberischen Methoden zu kombinieren, indem z.B. unter Verzicht auf eine kasuistisch abschließende Regelung schwerste Fälle genannt werden ²⁾ und im übrigen die Festlegung mit oder ohne Generalklausel zu erfolgen hat.

Welche der möglichen Tatbestandsgestaltungen dem Wesen des Mordes am ehesten gerecht wird, bedarf eingehender kriminologischer Forschungen. Mit diesem Vorbehalt und dem Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG kann allenfalls gesagt werden, daß eine abschließende kasuistische Regelung der Rechtssicherheit am dienlichsten wäre. Unter dem Gesichtspunkt der Unentbehrlichkeit und Notwendigkeit, den Begriff der niedrigen Beweggründe beizubehalten, ist jedenfalls eher auf die gegenteilige Ansicht und die Vielzahl anderer, besserer Lösungsmöglichkeiten zu verweisen.

IV. Die Auswirkungen auf § 226 a

Die infolge der Verfassungswidrigkeit des § 226 a auftretende Lücke würde z.T. einen Mangel sichtbar machen, der mit der Formulierung der guten Sitten ohnehin nur formal verdeckt werden kann: Die fehlende materielle Rechtsgrundlage für die Entscheidung in den Fällen der freiwilligen Sterilisation und Kastration. Die

1) Dies gilt für die in der Amtl. Begründung S. 270 aufgezählten Motive der Eifersucht (vgl. BGHSt 3, 180, 183), des Hasses (vgl. BGHSt 18, 37, 39), der Rache (vgl. BGHSt 1, 368, 369) und des Geltungsbedürfnisses (vgl. BGHSt 9, 180, 183).

2) Für diese Lösung tritt z.B. Schröder ein, Materialien I, S. 287.

Schwierigkeit, wenn nicht sogar Unmöglichkeit, diese Fragen durch einen Rückgriff auf das nebulöse "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" zu entscheiden, hat des öfteren den Ruf nach einer gesetzgeberischen Entscheidung laut werden lassen ¹⁾. In diesem Sinn wäre die durch den Wegfall der Vorschrift entstandene Lücke sogar von Nutzen, verstanden als Appell an den Gesetzgeber zur Regelung der umstrittenen Probleme.

Die übrigen unter die Regelung des § 226 a fallenden Sachverhalte sind nach bestehenden Rechtsgrundsätzen befriedigend zu lösen.

In Betracht kommen die Grundsätze, die zu dem Rechtfertigungsgrund der Einwilligung entwickelt worden sind ²⁾, und das Prinzip der Güterabwägung.

Es entspricht der herrschenden Ansicht, daß der Träger eines Rechtsguts nur so weit in dessen Verletzung wirksam einwilligen kann, als er Verfügungsberechtigt und die Verletzung ihrerseits nicht gesetzes- oder sittenwidrig ist ³⁾. Die Schranken der Verfügungsfreiheit ergeben sich dabei aus dem Schutz der Allgemeinheit ⁴⁾, insbesondere auch aus der Sittenordnung, wobei es unerheblich ist, ob diese Einschränkung gewohnheitsrechtlich begründet wird ⁵⁾ oder als allgemeiner Grundsatz des § 226 a Geltung erlangt hat ⁶⁾.

Die Verstümmelungen zu deliktischen Zwecken, die bewußt lebensgefährdenden Behandlungen oder Schlägereien sowie die Duldungen

1) Vgl. oben S. 192 Fußn. 1.

2) Die Erwähnung der guten Sitten in § 226 a wird z.T. als überflüssig angesehen, da es sich nur um einen Ausdruck des einheitlichen, materiellen Rechtswidrigkeitsbegriffs handele, vgl. Sauer, Grundlagen, S. 336 Fußn. 3 a.E. und Reinhardt, JR 1964, 368 (370).

3) vgl. statt vieler Mezger-Blei, AT S. 121; Schwarz-Dreher, Vor § 51 Anm. 2 A.

4) Schönke-Schröder, Rdnr. 37, Vor § 51.

5) Maurach, AT. S. 288.

6) z.B. Mezger-Blei, AT 123; Baumann, AT S. 306; Welzel, Lb S. 91; Kohlrausch-Lange, Vor § 51 Anm. 3 b. Entgegen der h.M. wollen Schönke-Schröder, Vor § 51 Rdnr. 44 die rechtfertigende Einwilligung nur auf den Tatbestand des § 226 a beschränken.

sexueller Mißhandlungen sind danach zweifelsfrei rechtswidrig, da das Unwerturteil über diese Körperverletzungen entweder durch gesetzliche Verbote oder durch feststehende Allgemeinüberlegungen fixiert werden kann.

In den weiteren Fällen, namentlich bei den Körperverletzungen während einer studentischen Mensur oder einer Schönheitsoperation, wird dieses ausgeprägte Unwerturteil fehlen, das der Tat den Stempel der Rechtswidrigkeit aufdrückt.

Im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz tritt damit der bedeutsame Unterschied hervor, sittenwidrige Körperverletzungen im Rahmen der allgemeinen Rechtfertigungsgründe oder mit Hilfe des besonderen Tatbestandes des § 226 a zu regeln. Denn nur die gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich verfestigten Unwerturteile erlangen bei den Grundsätzen der Rechtfertigung Beachtung. In der tatbestandlichen Formulierung der guten Sitten in § 226 a ist die Beschränkung auf die zweifellosen und eindeutigen Fälle hingegen nicht enthalten. Vielmehr finden nach Wortlaut und Zweck der Bestimmung die vielfältigsten, aber leider nicht verifizierbaren Anstandsgefühle aller billig und gerecht Denkenden Berücksichtigung.

Im Ergebnis bringt die Beseitigung des unbestimmten Tatbestandes nach den verschiedensten Richtungen Nutzen: Der Rechtssicherheit wäre gedient, die strafwürdigen Fälle könnten sachgerechter nach anderen Rechtsgrundsätzen gelöst werden und legislatorischen Notwendigkeiten wäre die ihnen gebührende Beachtung zu schenken.

V. Die Auswirkungen auf § 360 Nr. 11

Das Unbehagen über die Strafandrohung bei Verübung groben Unfugs rührt im wesentlichen von der Lückenlosigkeit her, mit der die Belästigungsklausel jedes Verhalten wider Fug und Recht erfaßt. Der Vorschlag, das Delikt auf eine subsidiäre Geltung zu beschränken¹⁾, sowie das nahezu in jeder Entscheidung ersichtliche Bemühen, den

1) Frank, § 360 Anm. XI, 2.

Tatbestand im Wege der Auslegung einzuengen, kennzeichnen das Bestreben, nur strafwürdige Verhaltensweisen zu erfassen. Auftretende Lücken erscheinen mithin als willkommene Korrektur eines zu weit gefaßten Tatbestandes.

Die Auswirkungen der Verfassungswidrigkeit des groben Unfugs sind somit einmal danach zu beurteilen, welche ungebührlichen Verhaltensweisen eine strafrechtliche Beurteilung rechtfertigen, zum anderen danach, ob und auf welche Weise etwaige Lücken zu schließen sind.

Außerhalb der Betrachtung bleiben von vornherein diejenigen Sachverhalte, deren Regelung nach anderen Strafgesetzen möglich erscheint, diese aber aus prozessualen (z.B. fehlender Strafantrag) oder anderen Gründen unterblieben ist. Das Problem einer Strafrechtslücke taucht dann nicht auf.

Hierzu rechnen die Fälle der Sachbeschädigung (z.B. das Bespritzen der Kleidung von Passanten durch zu schnelles Fahren ¹⁾, das Beschmieren eines Hauses mit Inschriften ²⁾, der Nötigung oder Beleidigung (z.B. die belästigende Verfolgung und Einwirkung auf Straßenpassanten ³⁾) oder des Hausfriedensbruchs (z.B. die Störung einer Filmvorführung ⁴⁾). Sollte die Subsumtion nicht möglich sein, etwa weil die Spritzer infolge zu schneller Fahrweise zu geringfügig, die Inschriften auf dem Haus zu unbedeutend, die Verfolgungen von Passanten zu harmlos oder die Störungen der Filmvorführung lediglich als unerhebliche Mißfallenskundgebungen aufzufassen sind, so stellt die Geringfügigkeit die überzeugendste Erklärung für jedes weitere fehlende Strafbedürfnis dar.

In anderen Fällen typischer Belästigungen der Allgemeinheit spricht mindestens soviel gegen den Einsatz strafrechtlicher Mittel wie für deren Anwendung. Hierzu zählen u.a. die Beispiele des öffentlichen

1) BayObLG Bd. 26, 111.

2) OLG Celle NJW 1951, 772; OLG Hamburg JZ 1951, 728.

3) OLG Hamm NJW 1966, 2420.

4) OLG Hamm MDR 1952, 566.

Nacktbadens ¹⁾ und das Liegenbleiben eines Betrunkenen ²⁾. Ist diesen Erscheinungen mit anderen Maßnahmen ebenso wirksam zu begegnen ³⁾ - in Betracht kommen etwa polizeiliche Mittel, die Sozialfürsorge oder andere Ordnungsmaßnahmen -, so ist damit die Notwendigkeit strafrechtlicher Eingriffe in Frage gestellt.

Eine echte Lücke wäre bei dem Wegfall des Tatbestandes nur bei einer Fallgruppe zu beklagen: Der mißbräuchlichen und mutwilligen Inanspruchnahme gemeinnütziger, öffentlicher Einrichtungen. Wird der Einsatz der Polizei ⁴⁾, der Feuerwehr ⁵⁾ oder des Arztes ⁶⁾ mutwillig gestört, so erwächst daraus u.U. eine lebensgefährdende Bedrohung für in Not Befindliche. Die Strafwürdigkeit dieser Handlungsweisen berechtigt zu einem die Freiheit des Einzelnen beschränkenden Vorgehen, so daß eine gesetzgeberische Entscheidung unumgänglich erscheint ⁷⁾.

Übrig bleiben Ereignisse, die zwar bisher als grober Unfug bewertet wurden, die doch aber mehr Beachtung als lustige Zwischenfälle verdienen sollten: So das Spazieren auf dem Kurhaushof in der bloßen Badehose ⁸⁾, der demonstrative Gebrauch sozialdemokratischer Abzeichen ⁹⁾ oder das aus Aberglauben erfolgende Herablassen des Leichnams eines Erhängten aus einem oberen Stockwerk ¹⁰⁾.

Mithin gilt für das Merkmal des "groben Unfugs", was bei den Merkmalen "in einer Sitte oder Anstand verletzenden Weise", der Gefähr-

1) RGDR 1939, 1068 Nr. 10.

2) OLG Hamburg DRZ 26, Nr. 994.

3) vgl. hierzu Roxin, JuS 1966, 377 (382), der bei einfachen Störungen der öffentlichen Ordnung entkriminalisierende Sanktionen für angebracht hält.

4) OLG Bremen NJW 1952, 155; BGHSt 13, 241.

5) vgl. das Beispiel in RGSt 19, 294 (296).

6) OLG Celle NJW 1964, 2213.

7) vgl. dazu die Regelung in § 300 im E 1962 sowie Mezger-Blei, BT S. 309 und Lenckner, JuS 1968, 249 (306 Fußn. 92).

8) BayObLG Bd. 21, 175.

9) 10) vgl. oben S. 201 Fußn. 1 bzw. Fußn. 5 auf S. 200.

dung des "sittlichen Wohls" eines Kindes, den "niedrigen Beweggründen" und den "guten Sitten" ebenfalls festzustellen ist: Diese normativen Elemente sind unbestimmt und entbehrlich. Ihre Unbestimmtheit ist nicht notwendig, da die zu beurteilenden Sachverhalte in anderen Normen sachgerecht und berechenbar oder überhaupt nicht zu regeln sind. Ihre Existenz ist unerträglich, da sie den Bestimmtheitsgrundsatz verletzen und sie in ihrer Ausdehnung Verhaltensweisen mit Strafe bedrohen, deren Strafwürdigkeit im normativen Bereich von Sitte und Anstand weder erkennbar noch gesichert ist.

LEBENS LAUF

Am 31. Dezember 1941 wurde ich als Sohn des Innenarchitekten Theodor Wex und seiner Ehefrau Hildegard, geb. Schlüter, in Hannover geboren.

In Lautenthal besuchte ich die Volksschule, seit 1952 die Oberschule in Clausthal-Zellerfeld, seit 1958 die Oberschule in Hannover bis zur Ablegung der Reifeprüfung. Danach begann ich im Sommersemester 1961 mit dem Studium der Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Am 7. September 1966 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt Berlin die erste juristische Staatsprüfung. Seit Dezember 1966 bin ich Referendar im Bezirk des Kammergerichts.

